

FORMELLE UND MATERIELLE EIGENTUMSGARANTIE IM BRASILIANISCHEN RECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Heinrich A. Hoffschulte
aus Danzig-Langfuhr

1972

1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554802_0046

FORMELLE UND MATERIELLE EIGENTUMSGARANTIE IM BRASILIANISCHEN RECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Heinrich A. Hoffschulte
aus Danzig-Langfuhr

1972



Eingereicht am

7. Februar 1970

Mündliche Prüfung am

4. Februar 1971

Dekan :

Professor Dr. G. Ober

1. Berichterstatter :

Professor Dr. Scupin

2. Berichterstatter :

Professor Dr. Heldrich

I.	Einleitung	
	Thema und Anlaß der Arbeit	1
II.	Geschichte der Eigentumsgarantie	
	im Brasilianischen Recht	3
III.	Das formelle und materielle Enteignungsrecht	16
	§ 1) Eigentum und Eigentümer	
	a) Begriff des Eigentümers	16
	b) Träger des Rechts zu enteignen	18
	§ 2) Gegenstand der Enteignung	25
	§ 3) Enteignung aus öffentlicher Notwendigkeit und zum öffentlichen Nutzen (por necessidade ou utilidade pública)	49
	§ 4) Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes	63
	§ 5) Umfang und Höhe der Entschädigung	83
	§ 6) Art der Entschädigung	134
	§ 7) Zeitpunkt des Eigentumsverlustes	143
	§ 8) Besonderheiten der stillen Enteignung (enteignungsgleicher Eingriff)	155
	§ 9) Verfahren bei der Enteignung	169
	§ 10) Gerichtliche Kontrolle der Enteignung	181
	§ 11) Rückenteignung	214
IV.	Besonderheiten für Ausländer	240
	§ 1) Verfassungsrecht und internationales Recht	
	a) Das brasilianische Verfassungsrecht	240

b) Das für Brasilien geltende internationale Recht	243
§ 2) Der Investitionsschutzvertrag Brasiliens mit den USA	245
§ 3) Zwei Unternehmen in Konflikt mit dem Staat	255

V. Zusammenfassung in Leitsätzen

Anhang :

M A T E R I A L I E N

I. Geltendes Recht	II
II. Vorhergegangenes Recht	XXV
III. Internationale Verträge Brasiliens	XXXI

<u>Literaturverzeichnis</u>	XXXV
-----------------------------	------

<u>Abkürzungsverzeichnis</u>	L
------------------------------	---

<u>Lebenslauf</u>	
-------------------	--

I. EINLEITUNG

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges wieder zu einem der stärksten Handelspartner Lateinamerikas geworden. Im Zuge der wirtschaftlichen und politischen Normalisierung der Beziehungen zu den Ländern der Dritten Welt hat auch die deutsche Industrie alte Bindungen wieder aufgegriffen und Investitionen neu belebt oder auch völlig neu disponiert. Diese Verflechtung der Industrien wird heute von allen Industriestaaten bewußt gefördert. Darlehn und steuerliche Vergünstigungen werden gewährt, Garantien gegeben und die beteiligten Regierungen suchen durch internationale Verträge dem investierenden Unternehmen Anreize und Sicherheiten zu geben.

Die Bundesrepublik hat zu diesem Zweck eine Reihe von Investitionsschutz- oder -förderungsverträgen mit den interessierten Nehmerländern geschlossen.¹⁾ Diese Verträge knüpfen an das Garantiesystem der Bundesrepublik für private Investitionen im Ausland an. Die Haushaltsgesetze des Bundes, in denen über Bürgschaften, Garantien und Kredite mitentschieden wurde, beauftragten die Bundesregierung, mit allen Nehmerstaaten den Abschluß von "Vereinbarungen über die Behandlung von Kapitalanlagen" zu betreiben. Die USA haben derartige Verträge in noch weit stärkerem Maße abschließen können. Sie handelten 1965 auch einen entsprechenden Vertrag mit Brasilien aus, auf den im folgenden einzugehen sein wird.

Die Bundesrepublik hat ebenfalls mit Brasilien Verhandlungen über ein derartiges Abkommen geführt. Sie wurden

1) Vgl. die Zusammenstellung und Analyse bei Kern, Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 82 v. 3. Mai 1963

jedoch 1964 ausgesetzt, da eine Einigung nicht abzusehen war.

Der wesentliche Streitpunkt bei diesen Gesprächen war die Frage, ob nicht schon das brasilianische Recht dem Eigentümer genügende Garantien gebe. Die brasilianische Regierung stellte sich auf den Standpunkt, ein internationales Abkommen sei nicht erforderlich, da das nationale brasilianische Recht jeden Investierenden ausreichend schütze. Ein Vertrag mit dem Heimatstaat des investierenden Unternehmens oder Privatmannes müsse deshalb den Ausländer letztlich besser stellen als den inländischen Eigentümer. Das aber sei unerwünscht und könne der brasilianischen Regierung nicht zugemutet werden.¹⁾

Als die Bundesregierung auf ihrer Forderung bestand, ernannte sie vor allem aus den Kreisen der in Brasilien lebenden Vertreter deutscher Firmen, nachdem der unter Goulart erschwerte Gewinntransfer wieder erleichtert worden war, heftige Kritik, die auch in der deutschen Presse erörtert wurde.²⁾

Hierbei wurde vor allem auf die klaren Eigentums Garantien der brasilianischen Verfassung verwiesen.

Aus dieser Auseinandersetzung ergab sich das Interesse an der vorliegenden Untersuchung. Mit ihr sollen das geltende brasilianische Enteignungsrecht und die Verfassungsgarantie untersucht werden.

1) Vgl. FAZ vom 16.11.1964 und 8.2.1966, sowie ESP vom 21.11.1965

2) FAZ a.a.O.

Abschnitt II :

GESCHICHTE DER EIGENTUMSGARANTIE IM BRASILIANISCHEN RECHT

Zum umfassenden Verständnis der Eigentumsgarantie in der gegenwärtigen Verfassung Brasiliens wäre es erforderlich, die soziale, wirtschaftliche und politische Geschichte dieses Landes zu verfolgen. Das Eigentum, seine Verteilung, Reichtum und Armut, die seit der Entdeckung des Landes in krassem Mißverhältnis nebeneinander her bestehen, sie sind eng verflochten mit anderen Entwicklungen. Nur wenige Institute sind so eng mit dem Alltag eines jeden Menschen, der Politik und der Wirtschaft eines Landes verbunden wie das Eigentum. Einen umfassenden Überblick dieser Hintergründe, ihrer Geschichte und ihrer Gegenwart zu geben, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Andererseits verdeutlicht gerade deshalb eine Untersuchung des Eigentumsrechts und seiner Sicherung in der Verfassung die gegenwärtigen Probleme Brasiliens. Der wirtschaftliche, soziale und politische Rahmen wird im folgenden immer wieder anklingen und zur Erläuterung herangezogen werden. In dieser Einleitung soll daher nur ein historischer Abriß der Entwicklung der Eigentumsgarantie gegeben werden. Auch er muß angesichts der Fülle der politischen und rechtlichen Elemente unvollständig bleiben.

1. Die Problematik des Eigentums und seiner Garantie in der Verfassung ist noch heute auffallend geprägt durch die Geschichte der ehemaligen portugiesischen Kolonie. Das "Land vom Heiligen Kreuz", wie die Entdecker die Küsten der Kontinente zunächst nannten, nahm bald den Namen eines begehrten Gutes an, das die Seefahrer heimführten, des "pau brasil", des roten Holzes. Kaum besiedeltes, von halbnomadischen Indianern durchstreiftes Land in Besitz

zu nehmen, das rote Holz zu schlagen, wo man es fand, und überall zu ernten, ohne sich um Kulturen kümmern zu müssen, das sind noch heute Elemente, die Grundhaltungen des Brasilianers zum Eigentum bestimmen. Die ungeheure Weite des Landes und der schier unermeßlich scheinende natürliche Reichtum prägen die Einstellung zum Eigentum und zu seinen sozialen Dimensionen. Ein Vergleich mit dem eng besiedelten Europa, in dem seit Jahrhunderten jede Parzelle bekannt und einem Eigentümer zugeschrieben ist, verdeutlicht dies. Das Bewußtsein, daß der Reichtum des Landes allen offenstehe, die nur genügend Initiative entwickeln, ist sicher nicht geeignet, soziale Haltungen der Reichen zu beflügeln. So stehen bisweilen neben berechtigtem Stolz auf den faszinierenden "brasilianischen Kontinent", wie die Brasilianer ihr Land bisweilen nennen, Gleichgültigkeit der Reichen gegenüber sozialen Problemen und rücksichtsloser Pioniergeist, der auch vor systematischer Ausrottung der Indianer oder vor dem Mord an konkurrierenden Weißen nicht zurückschreckt.¹⁾

Die Weite des noch nicht genutzten Landes ist immer noch eines der häufigsten Argumente gegen jeden Versuch einer Agrarreform auf schon kultiviertem Boden. Dem entspricht auf der Seite der Armen und Besitzlosen die noch weit verbreitete Haltung, um der Freiheit willen Arbeit und Erwerb spontan oder sporadisch zu suchen und, soweit sie etwas erhalten haben, erst einmal wieder zu verbrauchen, bevor neue Quellen gesucht werden. Besonders ausgeprägt war diese iterative Unterhaltssuche nach der Abschaffung der Sklaverei, als das Ausleben der Freiheit und das planlose Wissen um unerschlossene Reichtümer des Landes den ungelernten Befreiten nahezu regelmäßig in Elend und Degradierung stießen.²⁾

1) Von vielen Seiten wird ein Andauern dieser mörderischen Enteignung behauptet; vgl. die Serie im "Spiegel" Nr. 44 - 46 aus 1969

2) Vgl. Fl. Fernandes, "Integration des Negers", 2. Abschn.

Noch immer wird jungfräulicher Boden neu erschlossen, der darauf stehende Urwald niedergebrannt, die gute Erde bis zur Erschöpfung ausgebeutet und liegengelassen, während der "Pionier" weiter ins Innere vordringt.¹⁾ Und noch immer bleibt der Landarbeiter, Analphabet und Faveleiro im Grunde "Sammler" wie einst der Indio entlang der Küste, bis hin zum Ärmsten der Armen, der sein Brot aus dem Abfall der Millionenstädte sucht und für den Eigentum das wird, was er im Überfluß der Reichen findet wie zuvor in dem der Natur. Carolina Maria de Jesus hat in ihrem "Tagebuch der Armut" eindrucksvoll die lähmende Armut und diese Sammler der Unterstädte beschrieben.²⁾

2. Der Reichtum einiger weniger und der Wohlstand einer immer noch schmalen Mittelschicht vor allem der Städte einerseits und die Armut elender Massen andererseits, dieser Gegensatz verschärft sich von Tag zu Tag. Er bildet den Ausgangspunkt der politischen Auseinandersetzungen um Eigentum und Eigentumsgarantie, um Rechtsschutz des Eigentümers im modernen allzuständigen Staat und um das Grundproblem des stürmisch sich entwickelnden Landes : die Streuung des Sozialprodukts nicht nur, sondern auch des Eigentums; um die Umverteilung des Besitzes. Auf den Versuch der brasilianischen Juristen und Verfassungsgeber, rechtliche Lösungen dieses Problems zu finden, wird einzugehen sein, wenn von der "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" die Rede sein wird, wie sie seit 1946 die Verfassung vorsieht. Die politischen Versuche einer Lösung sind bekannt. Sie reichen von den Extremen einer Industrialisierung und Expansion um jeden Preis und in der Hoffnung, dieser Weg werde irgendwann für alle gerechte Erfolge zeitigen, wenn nur erst einmal genügend geschaffen sei, "um zu verteilen - Kubitschek mit seiner

1) Vgl. P. Monbeig, S. 30 - 33

2) Vgl. op. cit. S. 20 u. 68 u.a.

hektischen Expansions- und bewußten Inflationspolitik ist der deutlichste Exponent dieser Richtung - bis hin zu Versuchen umfassender Enteignungen und Neuverteilungen, um erst einmal einer möglichst breiten Masse ein Minimum an "Arbeitsmitteln" zu geben : Goularts Enteignungsbestrebungen kosteten ihn die Regierungsgewalt, als das Militär 1964 glaubte, kommunistischer Unterwanderung vorbeugen zu müssen. Er verteidigt seine Pläne nach wie vor mit dem Hinweis auf die Soziallehre der katholischen Kirche.¹⁾

Unzählig sind die Beispiele neuerer politischer Bemühungen, soziale Gerechtigkeit durch Einschränkungen des Eigentumsrechts zu erreichen. Diese Versuche zwangen zur Überprüfung der Eigentumsgarantie, wie sie seit der Unabhängigkeit Brasiliens Bestandteil der Verfassung ist.

3. Schon vor der Unabhängigkeit regelten Gesetze der portugiesischen Krone die wenigen damals auftretenden Fälle von Enteignungen und bekräftigten hierbei das Eigentumsrecht. Riesige Ländereien und Provinzen hatte der König verdienten Adeligen, Entdeckern oder auch einfachen Bürgergruppen auf dem neuen Kontinent verliehen. Sie waren Geschenke des Dankes für Entdeckungen und militärische Verdienste um die Krone. Vielfach bestätigte ein königliches Edikt aber auch die eigenmächtige Unterwerfung und Inbesitznahme durch den Beliehenen.

Eine der ältesten Quellen des brasilianischen Eigentumsrechts ist ein Gesetz vom 9. September 1769, das in § 13 "das dem König unmittelbar von Gott dem Allmächtigen übertragene Recht" bekräftigte, über das Vermögen seiner Untertanen zu befinden.²⁾ Schon dieses Gesetz aber, das dem Herrscher eine scheinbar unbegrenzte Macht über das Eigentum seiner Bürger verlieh, machte das "beneficio comune", das gemeine Wohl zur Voraussetzung aller Eingriffe. Umfang und Eigenschaften des Rechtes am Eigentum konnten vom König

1) Vgl. unten Rz. 81

2) Vgl. Mascarenhas da Silva, S. 44, auch zum weiteren

geregelt werden, der sein vorrangiges Recht, sein "domínio eminente" sowohl unmittelbar aus seiner Stellung als Herrscher von Gottes Gnaden als auch daraus ableitete, daß jeder Entdecker, der als erster das neue Land betreten hatte, in seinem Auftrag und als sein Vasall die Küste für ihn erobert und in Besitz genommen hatte.

Die königlichen "Ordonanzen"¹⁾ gehen von der Unverletzlichkeit des Eigentumsrechts aus. Sie sind, zusammen mit französischen Quellen, der Anknüpfungspunkt des späteren brasilianischen Rechts. Niemand darf danach gezwungen werden, sein Vermögen zu veräußern. Ausgenommen hiervon ist nur der maurische Sklave, der seinem Eigentümer genommen werden kann, wenn dies zur Einlösung einer von den Mauren oder anderen Gegnern gefangenen Christen notwendig ist. In diesem Fall hat der Richter den Wert des Leibeigenen zu schätzen, "indem er sich gut informiert, was der Sklave kosten mag nach üblichem Wert und nach Schätzung - nicht aber nach persönlicher Neigung - Alter, Gesundheit, Wissen, Sitten, Dienste, Können, Kunstfertigkeiten und Handwerk oder auch andere Eigenschaften berücksichtigend, denen zufolge er mehr oder weniger wert sein mag." Eine eingehende Regelung über eine der wichtigsten "Waren" damaliger Zeit!

Schon die Ordenações gehen von einem vor dem Richter einzuklagenden Recht des Staates aus, der nicht einfach zugreifen darf, sondern zunächst dem Eigentümer "alles bezahlt, was ihm möglicherweise zusteht." Die Bewertung ist eine richterliche Tätigkeit, zu der beide Parteien vorzuladen und aufzufordern sind, ihren Sachverständigen oder eine mit dem Streitgegenstand vertraute Person zu benennen. Diese ausführliche Regelung war auf alle Fälle von Zwangsverkäufen (vendas coactas) anzuwenden.²⁾ Das letzte könig-

1) "Ordenações", 4. Buch, XI. Titel

2) Mascarenhas da Silva, a.a.O.

liche Dekret über Fragen der Beschlagnahme und Enteignung war vor der Unabhängigkeit ein Erlaß vom 21. Mai 1821, mit dem mißbräuchlichen Enteignungen vorgebeugt werden sollte. Das Dekret verlangt Zahlung der Entschädigung spätestens bei der Wegnahme oder Übergabe der Sache. Falls ausnahmsweise die nötigen Ersatzsummen fehlen, ist dem Eigentümer ein geeigneter Schultitel auszuhändigen, sofern er mit dem vorzeitigen Entzug und dieser Art der Entschädigung einverstanden ist.¹⁾

4. Die Verfassung des brasilianischen Kaiserreiches garantierte in ihrem Artikel 179 "das Eigentumsrecht in seinem vollen Umfang". Voraussetzung der "einzigen Ausnahme" dieses Rechts ist nach dieser ältesten Verfassung das öffentliche Wohl (bem público), dessen Einzelfälle wie die Entschädigung gesetzlicher Regelung vorbehalten bleiben.²⁾
5. Vier Jahre nach der Unabhängigkeit ergeht 1826 dann ein brasilianisches Gesetz zur Regelung der Enteignung von Privateigentum aus öffentlichem Erfordernis.³⁾ Es nennt die Fälle, in denen eine Enteignung zulässig sein soll, und regelt die formellen Voraussetzungen. Der Text stützt sich nicht nur auf die portugiesischen Vorläufer, seine eigentliche Quelle ist vielmehr das französische Enteignungsgesetz vom 8. März 1810⁴⁾, in dem jene Anordnungen codifiziert wurden, die Napoleon in seinem Schönbrunner Brief an Cambacères getroffen hatte.⁵⁾

1) Vgl. den Text im Anhang. Inhaltlich bringt das Dekret das, was die neue Verfassung von 1969 wieder einführt, vgl. unten Rz. 21

2) Text im Anhang S. XXV

3) Gesetz vom 9. Sept. 1826

4) Vgl. hierzu E. Sodré, S. 29

5) Ein Gesetz vom 11.9.1790 gab den französischen Gemeinden das Recht zu enteignen und selbst die Entschädigungen festzusetzen. Um daraus erfolgte Mißstände zu beseitigen, schrieb Napoleon, daß die Fälle der Enteignungen gesetzlich festzulegen seien und die Gerichte (Fortsetzung s.S. 9)

Das Gesetz von 1826 entsprach in seinen Formulierungen den liberalistischen Tendenzen der Unabhängigkeitsjahre. Die Eigentumsgarantie galt grundsätzlich uneingeschränkt (a plenitude do direito de propriedade). Es unterliege, so formulierte der Gesetzgeber, nur einer einzigen Ausnahme, der der Enteignung. Dies Gesetz spricht in Anlehnung an französisches Recht nebeneinander sowohl von "öffentlicher Notwendigkeit" als auch von "öffentlichem Nutzen" als Motiven eines zulässigen Eingriffs in das Privateigentum.¹⁾ Das Vorliegen der "necessidade" wird durch die Gerichte überprüft, das der "utilidade" durch die gesetzgebende Gewalt. Die Entschädigung ist im voraus zu zahlen. Ausgenommen hiervon sind nur die Fälle unmittelbarer Gefahr.

6. In der Folgezeit erwies sich das Gesetz von 1826 als unzulänglich. Im Jahre 1845 wurde daher ein neues Dekret erlassen, das die Motive zulässiger Enteignung aufzählte und zwar wiederum getrennt in zwei Gruppen. Wie das Gesetz von 1826, stützte sich auch dieses Dekret auf französische Quellen, darunter ein Enteignungsgesetz von 1814.²⁾ Das Dekret bestimmt, daß die Enteignung durch die Gerichte nur dann aufgehoben werden kann, wenn in ihrem Verlauf wesentliche gesetzliche Formvorschriften verletzt wurden. Zum ersten Mal wird der Versuch unternommen, die gerichtliche Überprüfung wesentlich einzuschränken. So gilt das öffentliche Wohl als festgestellt, wenn das Privateigentum der Ausführung eines gemäß den gesetzlichen Voraussetzungen festgelegten Plans entgegensteht. Andererseits wird die Schätzung des Wertes des Grundstücks einer Jury aus Eigentümern übertragen. Der Schiedsspruch über den Wert ergeht durch Urteil.

Diese Einsetzung einer Gruppe von Eigentümern mußte in ih-

1) Vgl. unten Rz. 63 ff

2) Vgl. Solidonio Leite, S. 10

v.S. 8: das Vorliegen der utilité publique und die Entschädigung sollten überprüfen können, wenn der Enteignete in die ihm angebotene Regelung nicht einwilligte.

rer liberalistisch betonten Einseitigkeit zu Schwierigkeiten führen.

7. Ein Gesetz vom 10. Juli 1855¹⁾ ersetzte die Jury durch ein Schiedsgericht, das von den Parteien und der Regierung zu ernennen war. Das Gesetz verfeinert die Entschädigungsregelung erstmalig, indem es einen Mindestwert bestimmt. Die Ersatzsumme darf nicht geringer sein als der Wert des Ertrages des Grundstückes in 20 Jahren. Diese Vorstellung wiederholten spätere Gesetze und Erlasse immer wieder.
8. Die Verfassung der Republik von 1891 formuliert sehr viel knapper als ihre Vorgängerin, übernimmt aber aus den einschlägigen Gesetzen statt des Begriffs vom öffentlichen Wohl die Unterscheidung zwischen *necessidade* und *utilidade pública*. Die Entschädigung hat nach wie vor der Enteignung vorauszugehen.²⁾

12 Jahre später ergeht ein umfassendes Gesetz über die Enteignung: Nach einigen Änderungen des bisherigen Rechts

9. im August 1903³⁾, faßt das Dekret vom 9. Sept. 1903 das gesamte Enteignungsrecht neu.⁴⁾ Es unterscheidet wiederum zwischen *necessidade* und *utilidade*. Unter dem ersten Begriff faßt es vor allem Gründe des inneren oder äußeren Wohlstandes zusammen, alle anderen unter dem Begriff der *utilidade*. Der Übergang des Eigentums wird nach Art. 9 wirksam mit der Zahlung der Entschädigung. Den Gerichten ist es untersagt, die der Enteignung zugrunde gelegten Pläne zu überprüfen (Art. 10). Es bleibt bei der gerichtlichen Form der Enteignungen: Der Staat muß, kann er sich mit dem Eigentümer nicht einigen, sein Recht vor Gericht einklagen (Art. 15 ff). Das Dekret versucht im übrigen,

1) Gesetz Nr. 816, ergänzt durch Dekret Nr. 1.664 vom 27. Oktober des gleichen Jahres

2) Art. 72 § 17 V.1891, vgl. Text im Anhang

3) Dekret No. 1.021 vom 23. August 1903

4) Dekret No. 4.956

umfassende Anhaltspunkte für die Höhe der Entschädigung zu finden. Der Spielraum für die Gutachter ist begrenzt durch das Angebot des Staates nach unten und die Forderung des Eigentümers als Höchstmaß (Art. 31 § 2 und 37 § 1). Vor allem der Miet- oder Pachtwert wird herangezogen. Daneben kann der Staat Umzugskosten größeren Umfangs ersetzen, insbesondere bei Betriebsverlagerungen (Art. 36). Bei der Enteignung von Wasserläufen ist der Wert der bisher tatsächlich genutzten motorischen Kraft zu schätzen (Art. 36). In dringenden Fällen wie Krieg und Aufruhr kann auf das förmliche Verfahren und vorherige Entschädigung verzichtet werden (Art. 40 ff.).

Die umfassende gesetzliche Neuordnung des Enteignungsrechts ist noch heute von großer Bedeutung für das Verständnis des geltenden Rechts.

10. Eine Fortentwicklung enthält dann das Bürgerliche Gesetzbuch Brasiliens von 1916. Es wiederholt zunächst die Aufzählung der Enteignungsgründe des Dekrets von 1903 in Art. 590 in der bekannten Unterteilung und betont den Grundsatz vorheriger Entschädigung, Art. 591 § 1. Es ergänzt aber im Abschnitt über die Kaufverträge das Enteignungsrecht um das Institut der retrocessao, der Rückabtretung, oder Rückenteignung.¹⁾

11. Die Verfassung von 1934 übernimmt zum ersten Mal die Sozialklausel, wie sie die Weimarer Verfassung und die Charta Portugals von 1933 einführen: Die Ausübung des Eigentumsrechts darf nicht gegen das soziale oder gemeine Interesse der Nation verstoßen.²⁾

12. Der Verfassungstext von 1937 läßt aber diese Formel wieder fallen und unterwirft lediglich Inhalt und Grenzen gesetz-

1) Unten Rz. 205 ff

2) Vgl. Text im Anhang und Art. 153 WV. Art. 35 der portugiesischen V. von 1933 lautet: "Eigentum, Kapital und Arbeit üben eine soziale Funktion aus und unterstehen der ökonomischen Zusammenarbeit und Solidarität....."

licher Regelung durch den Staat mit den gleichen Worten wie zuvor die Weimarer Verfassung. ¹⁾

13. Ein Dekret-Gesetz von 1938 ²⁾ erweitert die Enteignungsrechte der Bundesstaaten und Gemeinden. In den Jahren vor dem Zweiten Weltkrieg hatten die Gerichte versucht, auch das Vorliegen der gesetzlichen Motive der Enteignung im Einzelfall zu überprüfen. Dieser Tendenz begegnet ein Dekretgesetz vom 18. Mai 1939 (Decreto-Lei No. 1.283), das in Art. 2 diese Überprüfung untersagt und darüber hinaus die gesetzlich formulierten Motive für lediglich exemplarisch erklärt. Mit diesem Erlass wurden vor allem umfangreiche städteplanerische Erneuerungen in Rio ermöglicht. 1939 ergingen gleich drei Dekretgesetze zu Fragen der Enteignung. ³⁾

Die zahlreichen Mängel des Textes von 1903 und der Änderungen ließen eine gesetzliche Neuregelung notwendig erscheinen.

14. Sie erfolgte durch das Dekret-Gesetz No. 3.365 vom 21. Juni 1941, das mit seinen Änderungen vom Mai 1956 und Juni 1965 noch heute geltendes Recht ist. Es regelt den Normalfall der "klassischen" Enteignung mit einer Ausnahme, der Boden- oder Agrarreform. Diese war, wie in anderen lateinamerikanischen Ländern, auch in Brasilien zu einem der heißesten politischen Themen geworden, ließ sich aber in den klassischen Enteignungsrahmen nicht einordnen.
15. Die Diskussion dauerte jedoch an, und so stellte der Verfassungsgeber nach dem Sturz des 1. Vargasregimes einen zusätzlichen Begriff neben die beiden erwähnten Enteignungsmotive : Die Verfassung von 1946 sieht eine Enteignung "por interesse social" vor. Mit der Einführung dieses neuen Konzepts in die Charta der Vereinigten Staaten von Brasi-

1) Vgl. Text von 1937 im Anhang

2) No. 496 vom 14. 6. 1938

3) Dekretgesetze No. 1.283 vom 18. Mai 1939, No. 1.343 vom 13. Juni 1939 und Dekret No. 496 vom 14. Juni 1939

- lien war aber der Streit um die Verwirklichung der Agrarreform keineswegs beendet. Er dauerte noch über 16 Jahre.
16. bis 1962 erstmalig ein Ausführungsgesetz zur Enteignung "por interesse social" erging.¹⁾ Unzählige Gesetzesvorlagen waren bis dahin gescheitert.²⁾ Die Beunruhigung über die Enteignungsgesetzgebung unter Goulart scheint denn auch zu seinem Sturz nicht unerheblich beigetragen zu haben.
17. Mit dem Estatuto da Terra vom 30. November 1964 versuchte das anschließende Militärregime, die gleiche Materie mit sehr vielen Vorbehalten und Einschränkungen zugunsten der Grundbesitzer erneut in den Griff zu bekommen, nachdem eine Verfassungsänderung neue Regeln zum Thema der Sozialfunktion des Eigentums geschaffen hatte.³⁾ Beide Texte
18. führten im Rahmen der Agrarreform die Entschädigung durch Staatsanleihen ein.
Die Inflation hatte inzwischen die Entschädigungsregelung
19. von 1941 in Frage gestellt. Eine Gesetzesänderung von 1965 half, die Verluste des Eigentümers zwischen Wertfeststellung durch einen Gutachter und Auszahlung durch eine Geldwertkorrektur zu überbrücken.⁴⁾
20. Die neue Verfassung von 1967 brachte im Enteignungsrecht keine Änderungen. Sie erging aus Gründen der politischen Neuordnung und arbeitete im übrigen die Änderungen von 1964 in den Verfassungstext ein.
21. Die Verfassung von Oktober 1969 änderte aber auch die Klauseln über die Eigentumsgarantie. Sie fügte einen Satz ein, nach dem der Eigentümer statt der Barentschädigung auch im Fall der klassischen Enteignung den Ersatz durch Staatsan-

1) Gesetz No. 4.132 v. 10. Sept. 1962, vgl. unten Rz. 87-89

2) Vgl. die Aufstellung bei I. Mascarenhas da Silva in RDA 82 (1965), S. 24 ff

3) Emenda Constitucional No. 10 v. 9. November 1964

4) Vgl. unten Rz. 106

leihen mit Geldwertgleitklauseln wählen kann.

Außerdem wurde zum ersten Mal statt der Formel, daß das Eigentum "garantiert" werde (garantido), geschrieben, es werde "gesichert" (assegurado). Der Grund dieser Änderung ist noch nicht belegbar. Meiner Ansicht nach liegt aber eine inhaltliche Änderung der bisherigen Eigentums-garantie nicht vor, zumal in der Übersicht des Art. 153 der neuen Verfassung weiterhin von den "garantias individuais" gesprochen wird und die Worte offenbar synonym verwandt werden. Die Änderung bringt jedoch eine textliche Klärung in formeller und materieller Hinsicht; formell, weil bisher im Artikel über die Individualrechte ohne ersichtlichen Grund abwechselnd die Worte garantido und assegurado betrachtet wurden. Ein Unterschied in der Auslegung war nicht erkennbar. Zweifel in dieser Hinsicht werden durch die einheitliche Verwendung des Wortes assegurar ausgeschaltet.¹⁾ Auch das Zivilrecht verwendet das Wort assegurar.²⁾

Eine materielle Klarstellung ist darin zu sehen, daß das Wort assegurar stärker noch als der Begriff der Garantie die Auffassung wiedergibt, daß das Eigentumsrecht nicht etwa vom Staate zugestanden oder verliehen werde und der Staat es daher auch nicht zurücknehmen oder widerrufen könne, sondern er es als vorverfassungsrechtliche Norm anzuerkennen habe, die er selbst respektieren und für deren Einhaltung er sorgen müsse. Insofern bestätigt die neue Verfassung den Eigentümer in seinem Grundrecht. Der Staat kann Inhalt und Grenzen des Rechts bestimmen, nicht aber es negieren.³⁾ Dieses Anerkenntnis ist angesichts der

1) Vgl. Art. 153 V. 1969 in der Einleitung und §§ 15,22,24,28 30 und 35

2) 30 Art. 524 CC

3) Vgl. Pontes de Miranda, S. 364 und S. 367 ff., unter Berufung auf die deutsche Literatur: "...não é instituição estatal, que se garanta; é direito fundamental, supra-estatal, que os Estados tem de respeitar."

sich häufenden Verfassungsänderungen nicht ohne Bedeutung.

22. Dennoch liegt die Frage nahe, ob die immer neuen Texte der Verfassungen und Enteignungsgesetze im Sinne etwa Duguits Ausdruck und Kodifizierung gewandelten Konsenses der Gesellschaft waren. Von gleichem Interesse ist die Untersuchung, ob all die Änderungen des formellen und materiellen Rechts allgemein und insbesondere, was den Schutz des Eigentums angeht, in der Folgezeit zur tatsächlichen Anwendung kamen, oder Theorie gebildeter Juristen und Verfasser blieben. Im folgenden Abschnitt wird an Beispielen der Unterschied zwischen Theorie und Praxis durch ein Nebeneinanderstellen der Literatur und der beigezogenen Urteile deutlich. Bei der Erörterung der Enteignung "im Interesse der Sozialordnung des Landes"¹⁾ wird er besonders auffällig.

23. Für ein Land wie Brasilien, das in Freiheit und Toleranz die Integration zahlloser Nationalitäten ermöglicht hat und auch heute den Einflüssen und Ideen nicht nur seiner lateinamerikanischen Nachbarn sondern auch und vor allem der europäischen Länder und der USA offensteht, war und ist auch die Kenntnis der Staats- und Rechtsvorstellungen dieser Länder ein Bedürfnis. So ist es nicht erstaunlich, daß die Institutionen und Grundzüge der Verfassungen und ebenso das Enteignungsrecht von Juristen skizziert wurden, die mit dem Recht der europäischen Nationen und Nordamerikas bemerkenswert vertraut waren. Den deutschen Beobachter beeindruckt, wie gut vor allem auch das deutsche Recht in Brasilien bekannt ist und wie häufig es beigezogen wird.

Vielfach scheint jedoch der Eifer im Studium des Auslandes auch dazu geführt zu haben, daß Ideen und juristische Modelle übernommen wurden, die aus unterschiedlicher Erfah-

1) Vgl. Rz. 61 ff

rung gewachsen sind und auf die brasilianischen Verhältnisse nicht oder wegen sozialpolitisch langsamerer Entwicklung noch nicht anwendbar waren. Mit der heute stärkeren Betonung nationaler Eigenart - der Brasilianer spricht von "autenticidade" oder "brasilidade" - wuchs das Bewußtsein für diese Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis. Was der Philosoph Vilem Flusser über den imposanten "Platz der Drei Gewalten" in Brasilia schrieb, ist auch für andere Bereiche symptomatisch :

"... Jedoch ist der Platz der Drei Gewalten auch ein gigantisches Symbol für jene staatsrechtliche Gliederung des 18. Jahrhunderts, die in Brasilien immer fremd erschien und nie richtig funktioniert hat....." 1)

Nicht nur die Gewaltenteilung ist "importiert" und bleibt einstweilen unvollkommen praktiziert. Die Verfassung der Republik von 1889 übernahm anglo-amerikanische Vorbilder. Der Soziologe Gilberto Freyre bezeichnete dies als anorganischen Ideenimport.²⁾ Viele Begriffe wurden aus dem Ausland in die Gesetzgebung übernommen zu einer Zeit, zu der ihr sozialer Rahmen in Brasilien noch nicht gegeben war.³⁾ Gelegentlich wurde gar behauptet, die Vorstellung, die Realitäten durch Gesetze ändern zu können, sei nachgerade die Illusion Lateinamerikas.⁴⁾ Das Recht wurde deshalb bisweilen als ein intelligentes Feuerwerk empfunden, "das unseren sozialen und ökonomischen Bedingungen nicht entspricht".⁵⁾

24. Daraus resultiert eine in Europa in diesem Umfang unbekannte Scheu vor der Anwendung der Gesetze, die als künst-

1) Vilem Flusser in FAZ vom 3. 1. 1970 (Beilage)

2) G. Freyre, *Ordem e Progresso*, S. LIII und LX

3) Vgl. Orlando Gomes, *Raizes*, S. 55; s. auch G. Beyhaut, S. 137, 139, 151-152

4) Almeida Magalhaes, S. 194

5) Veiga, S. 94 im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie und der Verfassung von 1937

lich, sachfremd und als intellektuelle Verfremdung der eigenen Wirklichkeit empfunden werden.¹⁾ In sehr allgemeiner Form stärkte diese Rechtsverfremdung das Bedürfnis, eine Lösung immer erst auf dem Verhandlungswege zu suchen, bevor Rechte und Gesetze zuhulfe gezogen werden. Dies ist sicher in der Regel der menschlichere (und schnellere) Weg, gelegentlich bedeutet es aber auch den offenen Verzicht auf Rechtsstaatlichkeit, bis hin zur Ausnutzung von Macht und Einfluß. Der berühmte "jeito", das Hintertürchen, der kleine Dreh und die sympatische persönliche Hilfe öffnet sich leicht der Gewalt und Korruption. Die skandalösen Beispiele der "Selbsthilfe" von rechts und links in den letzten Jahren sind insoweit Symptome. Die Todeskommandos aus Polizeikräften, die notorische Verbrecher "hinrichten", gegen die Recht und Gesetz versagt hatten, sind ein Beispiel. Banküberfälle und Entführungen aus sozialrevolutionärem Antrieb sind andere. Sie drücken das Mißbehagen an der ungleichen Eigentumsverteilung aus. Der kürzlich erschossene Anführer der Stadtguerilla, Carlos Marighela, bezeichnete diese Aktionen übrigens als "Enteignungen".²⁾

Mit diesen Hinweisen soll weder verallgemeinert noch geurteilt werden. Sie verdeutlichen jedoch, daß gerade auch in Brasilien die Geschichte der Eigentumsgarantie und des geltenden Rechts sowie die Art, es anzuwenden oder zu vernachlässigen den Juristen vor einer allzu theoretischen Diskussion bewahren können. Es sollte nur angedeutet werden, daß gerade in diesem in stürmischer Entwicklung stehenden Land juristische Lehre und Rechtsprechung, wie sie im Nachstehenden dargestellt werden, auf ein besonders waches Mißtrauen stoßen.

1) Vgl. Pessoa de Morais, S. 84; s. auch den Streit um die Mannesmann-Wechsel, in dem nicht nur die Beteiligten den gerichtlichen Weg scheuten, die selbst die Urheber der Fälschung waren, sondern auch die Inhaber der Papiere, die teilweise selbst betrogen waren.

2) C. Marighela, S. 66

Abschnitt III :

DAS FORMELLE UND MATERIELLE ENTEIGNUNGSRECHT

§ 1) EIGENTÜMER UND ENTEIGNENDER

a) Begriff des Eigentümers

25. Die Verfassung beschränkt die Garantie des Eigentumsrechtes nicht auf natürliche Personen. Zwar spricht Art. 153 V. 1969 nur von den Individualrechten und Individualgarantien (direitos e garantias individuais) und nennt als Geschützte nach Absatz 1 "die Brasilianer und im Land ansässigen Ausländer". Eine Einschränkung der individuellen Rechte der natürlichen Personen lag jedoch schon dann vor, wenn den von ihnen gegründeten und getragenen juristischen Personen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Garantien der Schutz des Art. 153 verweigert würde. Vielmehr ist dieser nur wirksam realisierbar, wenn auch den juristischen Personen die gleiche Sicherheit und der gleiche Rechtsschutz gewährt werden wie den natürlichen - sofern die Garantien der Verfassung ihrem Wesen nach auch auf jene anwendbar sind.

Es ist daher im brasilianischen Recht **anerkannt**, daß ebenso wie die in der Einleitung des Art. 153 V. 1969 genannten Brasilianer und im Lande wohnenden Ausländer auch die mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten juristischen Personen Träger des nach § 22 des Art. 153 geschützten Eigentumsrechts sein können. Demnach können Aktiengesellschaften und andere rechtsfähige Unternehmen, Genossenschaften, Stiftungen, Verbände und Gewerkschaften, Vereine, Wohlfahrtseinrichtungen und Kirchen als Eigentümer im Sinne der Verfassung Träger der darin enthaltenen Garantien sein. ¹⁾

1) C. Maximiliano, Comentários a Constituição de 1946, vol. 3, S. 116; Pontes de Miranda, vol. 5, S. 367

26. Eigentümer im Sinne der Verfassung kann auch der Staat selbst sein. Auch er kann enteignet werden. Art. 2 § 2 BrEG bestimmt ausdrücklich, daß das Eigentum der Bundesstaaten, der Munizipien, des Bundesdistrikts und der sogenannten Territorien (vom Bund verwaltete, gering bewohnte Flächenstaaten) durch den Bund enteignet werden kann. Ebenso können die Munizipien durch die Bundesstaaten enteignet werden. Doch bedarf jede derartige Enteignung einer Gebietskörperschaft der ausdrücklichen gesetzlichen Genehmigung. Wenn das Gesetz diese Enteignung vorsieht, geht es selbstverständlich davon aus, daß auch insoweit der verfassungsrechtliche Grundsatz des Art. 153 § 22 V.1969 gilt und das Vermögen nur unter Beachtung der Voraussetzungen der Verfassung, also nur aus den dort genannten Motiven und gegen vorherige Barentschädigung entzogen werden darf.

Das Enteignungsgesetz ermächtigt, soweit es um Enteignungen des "Staates" gegen den "Staat" geht, nur zum Entzug durch die jeweils höhere staatliche Autorität. Insoweit besteht eine Lücke im brasilianischen Recht, die mit hierarchischen Traditionen erklärbar ist. Es dürfte unzweifelhaft sein, daß ein derartiger Vorrang der Union vor den Staaten und des Bundesstaates vor den Munizipien sinnvoll ist, soweit das Eigentum des übergeordneten Trägers staatlicher Gewalt Zwecken im Sinne der "utilidade" und "necessidade publica" oder dem "Sozialinteresse" dient. Nicht einzusehen ist aber, daß auch rein fiskalisches Eigentum der Union, das durch keinerlei Plan oder Widmung öffentlichen Zwecken zugeführt ist, nicht der Enteignung durch die Bundesstaaten oder ein Munizip unterliegen soll. Auch insoweit geht ein öffentliches Interesse, wenn es den Voraussetzungen der verfassungsrechtlichen Enteignungsnorm entspricht, dem bloßen fiskalischen Interesse des Bundes vor. Dieser ist daher ebenso wie die Bundesstaaten potentieller Adressat einer Enteignungserklärung und Eigentümer im Sinne des Enteignungsrechts. Bezüglich des fiskalischen Ver-

mögens (bens dominicais oder patrimoniais) stehen Union und Bundesstaaten dem Privaten gleich.¹⁾

27. b) Träger des Rechts zu enteignen

Eine andere Frage ist, wer enteignen kann. Seinem Wesen nach steht das ius eminens, das Recht zu enteignen, dem Staate zu. Bleibt man in der Terminologie des brasilianischen Rechts, so heißt dies : Der Staat - und nur er - ist Gläubiger des Enteignungsanspruches, der ihm aufgrund der Verfassung und der einschlägigen Gesetze unter den dort aufgestellten Voraussetzungen zufällt. Nur der Staat kann enteignen.

Von dem allgemeinen Recht zu enteignen ist zu unterscheiden die Zuständigkeit, den einmal entstandenen, gerichtlich einklagbaren Anspruch auf Enteignung geltend zu machen. Der Funktionsteilung in einem föderalen Bundesstaat entspricht es, daß je nach der anstehenden öffentlichen Aufgabe entweder die Union, die Bundesstaaten oder Territorien oder auch die Munizipien als Träger dieser Aufgaben den Anspruch geltend machen. Dementsprechend nennt Art. 2 BrEG die Union, die Staaten, den Bundesdistrikt, die Territorien sowie die Munizipien als Träger des Enteignungsrechts.

Nach Art. 8 XVII f) V. 1969 steht, wie schon nach den beiden vorhergegangenen Verfassungen²⁾, die Gesetzgebungs-kompetenz über Enteignungsfragen allein der Union zu. Diese alleinige Kompetenz des Bundes betrifft sowohl das materielle Enteignungsrecht als auch die formellen und prozes-

1) So letztlich auch Pontes de Miranda, vol.5, S. 409, wenn er ausführt: "Sempre que o bem nao e de todos, a desapropriacao e possivel" (Immer wenn es sich nicht um ein Gut aller, ein öffentlichen Zwecken gewidmetes Gut handelt, ist die Enteignung zulässig.)

2) Vgl. Art. 5, XV g) und h) V.1946 und Art. 8 V.1967

der Eigentumsgarantie und Enteignung.¹⁾ Das bedeutet aber nicht, daß sich etwa das Recht der Union zu enteignen von dem gleichen Recht der Staaten oder Municipien unterscheidet. Die Union kann sich auch nicht durch ein Enteignungsgesetz das Recht zu enteignen reservieren. Ebenso wenig zediert die Union dies Recht an die anderen Träger öffentlicher Gewalt. Dem föderalen Aufbau entspricht allein, daß es immer dem zusteht, der im Rahmen der Aufgabenteilung zur Lösung der Probleme zuständig ist, die die Enteignung notwendig machen im Sinne der utilidade, necessidade oder des Sozialinteresses, Art. 153 § 22 V.1969. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben und damit auch die Fähigkeit zu enteignen stehen den Mitgliedstaaten und Municipien originär als eigenes Recht zu wie der Union selbst. Von einer Zession dieses Rechts durch die Union kann daher keine Rede sein, ebenso wenig von einem Auftrag oder von den Gemeinden als staatlichen "Unternehmen", die mit dem Enteignungsrecht beliehen werden. Alle diese Theorien würden allein einem zentralistischen Staat gerecht, nicht aber dem föderalen Aufbau der Vereinigten Staaten von Brasilien.²⁾

28. Der Staat kann sich jedoch zur Lösung seiner Aufgaben anderer Körperschaften und sogenannter Konzessionsträger bedienen. Beauftragt er als Bund, Einzelstaat oder Municipium einen anderen mit der Wahrnehmung öffentlicher Dienste und Aufgaben, so können auch diese Konzessionsträger (concessãoários de serviços públicos) oder andere "öffentliche Einrichtungen" (estabelecimentos de caráter público ou que exercem funções delegadas) die Enteignung betreiben. Voraussetzung hierfür ist gemäß Art. 3 BrEG eine ausdrückliche Ermächtigung in Form eines Gesetzes

1) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 383

2) Pontes de Miranda, S. 406, unter Zurückweisen der Zessionstheorie von C.F. Grünhut in "Das Enteignungsrecht", S. 79, und der "Unternehmens"-Lehre bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, § 33 Anm.34

oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Empfänger einer solchen Konzession können Unternehmen, Behörden, Institute oder auch Privatpersonen sein, denen die Erfüllung eines öffentlichen Aufgabenkreises übertragen ist.¹⁾

29. Bei einer Ermächtigung erhält der Beauftragte nach brasilianischer Auffassung nicht einen eigenen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Enteignung. Vielmehr hat er nur das Recht, den Anspruch des Staates für diesen geltend zu machen und so zu "betreiben".²⁾ Es entsteht allenfalls ein Anspruch des Konzessionsträgers gegen den Staat, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die Enteignung eingeleitet werden kann. In jedem Fall bleibt es allein der Staat (Union, Staaten, Munizipien etc.), der enteignet, nicht aber die natürliche oder juristische Person, die für ihn tätig wird. Nur der Staat hat das subjektive Recht zu enteignen, ein Recht, das Bestandteil seiner Souveränität ist.³⁾

- Eine Besonderheit enthält insoweit der Código de Aguas, 30. das brasilianische Wassergesetz. Es bestimmt, daß ein Wasserberechtigter aufgrund seiner Konzession andere Eigentümer und Inhaber älterer Wasserrechte enteignen kann, soweit dies zur Durchführung der ihm aufgetragenen oder zugestandenen Maßnahmen notwendig ist.⁴⁾ Sieht man dies Recht als eine Förderung privater Erwerbstätigkeit des Konzessionärs an, so müßte man die Regelung im Código de Aguas angesichts der Verfassung als äußerst zweifelhaft betrachten.⁵⁾ In Wirklichkeit aber handelt es sich auch hier nicht um ein dem Privaten zugestandenes eigenes Enteignungsrecht. Vielmehr fordert der Código ausdrücklich, daß

1) E. Sodré, S. 137 ff

2) So ausdrücklich Art. 3 BrEG, der von "betreiben" (promover a desapropriação) spricht

3) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 389 und 407, unter Berufung auf Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, III, § 33; ebenso E. Sodré, S. 141, unter Berufung auf Jellineck

4) Ähnlich auch das Bergbaurecht (Código de Minas, Art. 37)

5) Vgl. die Kritik bei Sodré, S. 116, auch S. 113

die Enteignung in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu geschehen hat, das die Enteignung wegen utilidade pública regelt. Bei verfassungskonformer Auslegung des Wasserrechts bedeutet dieser Hinweis nichts anderes, als daß es sich um Maßnahmen im öffentlichen Interesse und nach Art. 150 § 22 V.1967 in Verbindung mit dem Enteignungsgesetz handeln muß. Voraussetzung der Enteignung ist somit, daß sie nicht nur den privaten Zielen der Konzessionsnehmer dient, sondern zugleich auch einem Interesse der Allgemeinheit. So zählt Art. 5 BrEG unter Ziffer f) auch die industrielle Nutzung des Wassers und der Wasserkräfte zu den Fällen der utilidade pública. Hiermit sind nicht zu verwechseln die Fälle zumeist geringfügiger Nutzung zu eigenen Zwecken im Rahmen des Nachbarrechts. Sie unterliegen nicht dem Enteignungsrecht, sondern nachbarlichen Konfliktregeln nach dem Código Civil und Código de Águas. Damit eine Enteignung vorliegt, muß zum privaten Profit des Unternehmers ein öffentliches Interesse in der Form hinzutreten, daß bisher ungenutzte Energiequellen und Wasserläufe zum Wohle der Allgemeinheit nutzbar gemacht werden. Nur dann "enteignet" der Konzessionsnehmer oder besser, er betreibt das dem Staat zustehende Enteignungsrecht. Da er der Begünstigte ist bei industrieller oder anderweitiger Nutzung, hat er auch den Enteigneten zu entschädigen. Diese Regelung ist ebenfalls nicht so sehr darin begründet, daß er als Privater Vorteile aus der Enteignung zieht, als vielmehr in dem Umstand, daß auch ein Konzessionsträger, wie jedes andere Unternehmen, entstehende Unkosten weiter abwälzen kann, bei einer Wasserversorgung oder einem Wasserkraftwerk beispielsweise auf die Angeschlossenen oder die letztlich begünstigte Allgemeinheit. Geht man, wie dargelegt, davon aus, daß auch nach dem Wassergesetz (oder auch dem Bergbaurecht) Enteignungen nur zulässig sind, wenn sie (auch) dem Wohl der Allgemeinheit dienen, so bestehen keine Bedenken, die Regelung als verfassungsmäßig anzusehen. Auch hier enteig-

net der Unternehmer nur im Auftrage des Staates, dessen Recht zu enteignen er geltend macht.

31. Als Konzessionsträger können freilich auch die Bundesländer, Territorien oder Munizipien auftreten. Wie aufgeführt, sind sie selbst im Rahmen ihrer Kompetenzen und Aufgaben Träger eines ihnen allein zustehenden Enteignungsrechts. Wenn es jedoch um eine Aufgabe und Zuständigkeit der Union geht und die Wahrnehmung von dieser den Bundesländern oder auch Munizipien gemäß Art. 13 § 5 V.1969 übertragen wird, dann werden diese wie andere Konzessionsträger oder Beliehene tätig. Dasselbe gilt für Aufgaben der Staaten, die diese den Munizipien übertragen. In dem einen wie dem anderen Fall handeln die Beauftragten nicht aus eigenem Recht, sondern als Beliehene, wenn sie nach Art. 3 BrEG die Enteignung im Auftrag (und für Rechnung) des Inhabers des Enteignungsanspruchs die Expropriation betreiben.¹⁾

Die Befugnis zu enteignen beschränkt sich freilich immer auf das Territorium der handelnden Gebietskörperschaft. Das bedeutet, daß das Motiv der Enteignung im wesentlichen begründet sein muß mit den tatsächlichen Verhältnissen und Planungen innerhalb dieses Gebietes. Deshalb kann auch ein Bundesstaat oder Munizip die Enteignung eines in seinem Bereich belegenen Eigentums nicht mit den Aufgaben oder Plänen eines anderen Staates oder anderen Munizips begründen, sondern muß sich diese Pläne zunächst zu eigen machen,²⁾ etwa durch ein Planfeststellungsverfahren.

32. Hierin liegt auch der Grund, daß ungeachtet der hierarchischen Beschränkung in Art. 2 BrEG die Enteignung eines fiskalischen Vermögensteils der Union durch die Länder und Munizipien möglich sein muß, soweit er in diesen belegen ist; ebenso die teilweise Enteignung öffentlichen Zwecken bereits gewidmeten Gutes, wenn sie zum Zwecke

1) Pontes de Miranda, S. 4 07

2) E. Sodr , S. 141

einer zusätzlichen Widmung (superafetação) oder einer sonstigen öffentlichen Verwendung erfolgt und soweit die öffentlichen Ziele der Union nicht beeinträchtigt werden.¹⁾

Dasselbe gilt für Eigentum der Staaten und Territorien, wenn es um eine Enteignung durch die Munizipien geht. Beispiele sind die Verlegung einer Wasserleitung der Kommune unter einer Bundesstraße oder die Kreuzung einer öffentlichen Straße mit einer Eisenbahnlinie. Die Möglichkeit einer Verhandlung zwischen den Trägern öffentlicher Aufgaben und der Hinweis auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verwaltung sind nicht geeignet, die grundsätzliche Zulässigkeit einer Enteignung oder Teilenteignung fiskalischen oder auch "öffentlichen" Eigentums zu leugnen. Auch die Gemeinde muß die Union oder einen Staat notfalls unter Einschaltung der Gerichte zur Aufgabe des fiskalischen Vermögens zwingen können, wenn öffentliche Belange dies erforderlich machen.²⁾ Gegen diese Auffassung wird geltend gemacht, daß das Gesetz in Art. 2 § 1 BrEG nur die "hierarchische Enteignung" zulasse, nicht aber die hier in Frage stehende Enteignung von unten nach oben vorsehe.³⁾ Das Argument versagt aber schon wegen der Herkunft des Gesetzes aus diktatorialer Zeit. Unter der zentralistischen Vargas-Diktatur war nicht zu erwarten, daß die Unionsregierung sich von den Verwaltungen der Bundesstaaten oder gar der Munizipien in ihre Dinge hineinreden ließ. Das vorhergehende Enteignungsgesetz von 1903 sagte zur Möglichkeit der Enteignung einer Gebietskörperschaft durch eine andere nichts aus. Nachdem aber das Oberste Bundesgericht in einer Entscheidung vom 5. Dezember 1933 festgestellt hatte, daß die "hierarchische" Enteignung,

1) So ausdrücklich Viveiros de Castro in RD 18, S. 434

2) Vgl. ausführlich Sodré, S. 125 und 137 - 140;
a.A. I. Mascarenhas da Silva, S. 122

3) Seabra Fagundes, Da Desapropriação, S. 87

wie sie hier mit Fagundes genannt werden soll, möglich sei¹⁾, wurde dieses dem Regime genehme Ergebnis in das neue Gesetz von 1941 eingearbeitet. Ein damals bewußt nicht erwähntes umgekehrtes Recht und Verfahren bleibt desungeachtet zulässig und sinnvoll, soweit nicht übergeordnete Interessen der Union oder des betroffenen Staates entgegenstehen. Die rangniedrigere staatliche Einheit ist deshalb nicht ausschließlich auf den Verhandlungsweg verwiesen, sondern kann die Enteignungsklage erheben. Einzige Voraussetzung ist, daß nicht vorrangige Rechte der höheren staatlichen Einheit eindeutig den Vorrang genießen.

Andererseits entspricht es der föderal-hierarchischen Gliederung Brasiliens, daß beim Zusammentreffen von zwei Enteignungsdekreten, die sich auf dieselbe Sache beziehen, das des höhergestellten Organs oder Trägers öffentlicher Gewalt vorgeht. Die Bundesregierung hat dies in einem Dekret vom 25. März 1965 ausdrücklich damit begründet, daß es in Fällen, in denen schon ein Staat ein Enteignungsdekret erlassen habe, der Union offenstehen müsse, ihrerseits ein solches Dekret zu erlassen, wenn übergeordnete Interessen und insbesondere soziale Spannungen vorliegen, die den Einzelstaat überschreiten. Das gilt auch dann, wenn letztlich dasselbe Motiv zunächst den Staat und dann den Bund zum Handeln veranlaßt hat.²⁾

1) STF in AJ 31, S. 455

2) Vgl. Dekret No. 55.862 vom 25.3.1965. Es handelte sich um einen Fall, in dem zunächst der Staat Pernambuco wegen interesse social ein Enteignungsdekret aufgrund des Gesetzes von 1962 erlassen hatte und dann die Union durch das Institut für Agrarreform (IBRA) aus den gleichen Motiven, aber wegen der nationalen Bedeutung einschritt. Zustimmend I. Mascarenhas da Silva in RDA 82 (1965), S. 31 - 32

§ 2) GEGENSTAND DER ENTEIGNUNG

33. Grundsätzlich kann, geht man vom Wortlaut der Verfassung aus, alles enteignet werden, was als Eigentumsrecht (direito de propriedade) nach Art. 153 § 22 der Verfassung von 1969 geschützt ist. Damit sind unzweifelhaft zunächst einmal alle Güter umschlossen, die Anknüpfungspunkt des privatrechtlichen Eigentumsrechts, des dinglichen Eigentums sein können.¹⁾ Die Verfassung macht -
34. ebenso wie das geltende Enteignungsrecht - keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.²⁾ Soweit die brasilianische Literatur auf diesen Unterschied überhaupt eingeht, hat das nur historische Bedeutung: Wenn einige Enteignungsgesetze lediglich die Enteignung unbeweglicher Sachen zuließen, wie das von 1826 und noch das Gesetzesdekret vom 14. Juni 1938, so hat das nicht eine grundlegende Wandlung des Eigentumsbegriffs der Verfassung verhindern können.

Die Verfassungen seit 1824 definieren das Eigentum nicht. In allen sechs Charten heißt es seit der Unabhängigkeit im Jahre 1822 gleichlautend: "É garantido o direito de propriedade". Die neue Verfassung von 1969 spricht zum ersten Mal nicht von Garantie, sondern von "Sicherung".³⁾ Aber das Eigentum wird auch hier nicht erläutert.

Gegen die Einbeziehung auch beweglicher Sachen (móvel) in das Enteignungsrecht wurde früher gelegentlich geltend gemacht, daß der Código Civil in Art. 590 die Enteignung als Grund für den Verlust des Eigentums an unbeweglichen Sachen ansehe, nicht aber für den beweglichen Eigentums (Art. 595 ff CC). Das Argument versagt jedoch.⁴⁾ Denn dieser Unterschied ist allein schon aus dem Verständnis

1) Whitaker, S. 13

2) Seabra Fagundes, S. 40; Whitaker, a.a.O.; E. Sodré, S. 119 ff; Franco Sobrinho, S. 64; I. Mascarenhas da Silva, Lb., S. 130; T. Cavalcanti, Dir. Adm., vol. 6, S. 206; Pontes de Miranda, Vol. 5, S. 358

3) Vgl. Rz. 21

4) E. Sodré, S. 122

vom Enteignungsrecht zur Zeit der Entstehung des Código Civil (1916) erklärlich. Damals sah in der Tat niemand ein Interesse an Enteignungen auch beweglicher Sachen. Im übrigen kann diese Lücke in einem einfachen Gesetz weder die Ausweitung des Schutzes der Verfassung verhindern, noch daß durch andere Gesetze die Enteignung beweglicher Sachen vorgesehen wird.

Die Charta jedenfalls enthält keine Einschränkung - mit nur einer logischen Ausnahme: Sie liegt in der Natur der Eigentumsgarantie begründet. Wenn in der brasilianischen Verfassung vorgeschrieben wird, daß die Entschädigung "in bar" zu erfolgen hat, so scheidet notwendigerweise die Enteignung von Geld selbst aus. Sie würde einen bloßen Baraustausch bedeuten, an dem keine staatliche Seite ein Bedürfnis (utilidade pública) haben kann.¹⁾ Daran hat sich auch nach der Emenda Constitucional No. 10 vom 9.11. 1964 und unter der neuen Verfassung nichts geändert. Der Staat kann nicht den Geldumlauf beschränken, durch Enteignung von Barmitteln gegen Ausstellung von öffentlichen Schuldtiteln. Währungsschnitte gehören ebenfalls nicht ins Enteignungsrecht. Öffentliche Schuldtitel sind nur bei Enteignung von Großgrundbesitz zulässiger Ersatz.²⁾

35. Die heute herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung geht, ebenso wie im deutschen Recht, über die beweglichen Sachen noch weit hinaus und läßt die Enteignung jeder vermögenswerten Rechtsposition zu. In Art. 2 BrEG von 1941 heißt es ausdrücklich:

"..... alle Güter (todos os bens) können enteignet werden durch die Union, die Staaten, die Munizipien, den Bundesdistrikt (Hauptstadt) oder die Territorien."

1) Seabra Fagundes, S. 45; C. Maximiliano, vol. 3, S.102 und S. 98 unter Berufung auf Giese (Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 397); I. Mascarenhas da Silva, S. 234/35

2) Art. 161, § 3; vgl. unten Rz. 143 ff

Was bedeutet "todos os bens"? Das brasilianische Recht unterscheidet, sucht man nach einer Legaldefinition, zwischen "bens imóveis" und "bens móveis", Art. 43 f. und 47 f. CC. "Bens" ist nicht mit Sachen zu übersetzen (coisas), sondern allenfalls mit "Güter".¹⁾ Denn "bens imóveis" umfassen auch Bestandteile (und Zubehör), vor allem aber auch dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen und öffentliche Schuldtitel, Art. 44 CC. Als "bens móveis" gelten nach Art. 48 CC auch dingliche Rechte an beweglichen Gegenständen (objetos móveis) und Schuldrechte und schuldrechtliche Ansprüche, ebenso die Urheberrechte, Art. 48 CC.

Als mögliche Gegenstände einer Enteignung werden ausdrücklich in Literatur und Rechtsprechung genannt:

36. a) Die unbeweglichen Sachen. Insoweit besteht Einhelligkeit. Sowohl ein Grundstück als auch das darauf stehende Haus können enteignet werden.²⁾ Auch "condomínio" und "compropriedade" bieten keine Besonderheiten. Soweit an Häusern und den zugehörigen Grundstücken Teileigentum oder Wohnungseigentum besteht, ist zu beachten, daß in der Regel die Enteignung nur eines Teils rechtswidrig ist, wenn die Gründe - die necessidade oder utilidade pública oder auch das interesse social -, wie sie sich nach dem Enteignungsdekret darstellen, das ganze Eigentum betreffen. Die Klage muß sich in diesen Fällen regelmäßig gegen alle Eigentümer richten, soweit nicht einige sich schon vorher mit dem Enteignenden geeinigt haben und der Zwang des Prozesses nur noch gegen die Übrigen notwendig ist.

Für das Wohnungseigentum (propriedade horizontal: apartamento) hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Enteignung

1) So auch Schnitzlein, S. 64

2) I. Mascaranhas da Silva, Lb., S. 130, 141;
E. Sodré, S. 121; Villegas, S. 76

nur einer Wohnung ausgeschlossen. Für Häuser, die dem Wohnungseigentumsgesetz unterworfen sind, heißt es:

"Im Falle der Enteignung ist die Entschädigung jedes einzelnen Eigentümers nach dem Mietwert seines Appartements aus dem dem Enteignungsdekret vorhergehenden Jahr zu bemessen.

§ 1 - Die Enteignung wird immer das gesamte Gebäude mit allen seinen Bestandteilen erfassen." 1)

Bei Enteignung von "condomínio" und "compropriedade" sind im übrigen die Nachbarschaftsrechte ebenso zu beachten wie bei der Enteignung eines einzelnen Volleigentümers.²⁾

Die Enteignung einer unbeweglichen Sache umfaßt alle vom Eigentum abgespaltenen dinglichen Rechte wie Dienstbarkeiten, Erbpacht (enfiteuse), Nießbrauch, persönlichen Gebrauch (uso) oder Wohnrecht (habitação). Ihr Verlust ist jedoch bei der Enteignung der Hauptsache in die Entschädigung einzubeziehen, um ein getrenntes Verfahren gegen die Inhaber dinglicher Rechte zu vermeiden.³⁾

37. b) Alle beweglichen Sachen, mit Ausnahme des Bargeldes, soweit ihr Wert geschätzt werden kann. Das früher der Enteignung beweglicher Sachen entgegengehaltene Argument, sie könnten regelmäßig vom Staat anderweitig erworben werden, es fehle daher fast immer an der "necessidade" oder "utilidade pública", ist nicht stichhaltig. Der zweite Rahmen der Motivationen für eine Enteignung enthält auch Fälle, in denen zwar derartige Sachen auch im Handel erwerblich sind, in denen aber dennoch ein momentaner Engpaß in der öffentlichen Versorgung oder besondere Dringlichkeit und Eile die Enteignung zulässig

1) Art. 7 des Dekrets No. 5481 vom 25.6.1926 in der Fassung vom 8.2.1943, Gesetzdekret No. 5.234

Der Mietwert allein dürfte nicht ausreichendes Merkmal für eine gerechte Entschädigung mehr sein, sondern nur noch als Anhaltspunkt fortgelten; vgl. Rz.

2) Vgl. Art. 554 bis 588, 623 bis 634 und 642 CC /108

3) I. Mascarenhas da Silva, Lb., S. 139; wegen der Besonderheiten bei der Entschädigung und im Prozeß vgl. Rz. 118

machen.¹⁾ Die Frage ist nicht, ob das Gut überhaupt enteignet werden kann, sondern allein, ob ein gesetzlich vorgesehener Fall von "necessidade", "utilidade pública" oder "interêsse social" vorliegt. Wird dies bejaht - und dies muß durch die "declaração" in bezug auf das betroffene Gut geschehen sein - so steht der Enteignung des móvel kein Bedenken entgegen.²⁾

38. c) Auch Bestandteile und Teilrechte des Eigentums können enteignet werden. Nach Art. 526 CC steht dem Grundeigentümer auch der Luftraum über und der Boden unter dem Grundstück zu, soweit dies zur Nutzung des Eigentums zweckmäßig ist (uteis ao seu exercício). Wie weit diese Zweckmäßigkeit reicht, ist eine Frage des Einzelfalles. Liegt sie vor, und muß der Staat in den von der Zweckmäßigkeit (utilidade) gesteckten Rahmen eingreifen, so liegt eine entschädigungspflichtige Teilenteignung vor. Hierzu gehört auch der Bau von Tunnels oder Überführungen oder einer Metro. Liegt das Tiefbauobjekt so weit in der Erde, daß die Interessen des Eigentümers weder beim Bau noch später berührt werden, fehlt es an einer Enteignung.³⁾
39. Art. 40 BrEG sieht zudem eine Teilenteignung durch die Bestellung von Dienstbarkeiten (servidão) vor. Einen ausdrücklich geregelten Fall enthält Art. 117 des Código de Águas, wo gegen vorherige Entschädigung die Kanalisierung eines Wasserlaufs über ein fremdes Grundstück vorgesehen ist. Den Konzessionsträgern von Kraftwerken wird in Art. 151 c) CdA die zwangsweise Bestellung von Dienstbarkeiten für die Installationen und die Kraftstromleitungen erlaubt. Andererseits können auch Dienstbarkeiten durch eine Enteignung erlöschen. Art. 708 CC bestimmt, daß die einmal

1) Vgl. Art. 5 a), b), c), d), e), g), j), l) BrEG

2) I.M. da Silva, Lb., S. 143 f;
C. Maximiliano, S. 98 f

3) E. Sodré, S. 127/8; I.M. da Silva, S. 137/8

eingetragene Dienstbarkeit gegenüber Dritten nur durch Löschung aufgehoben werden kann - außer im Falle einer Enteignung. Damit wird die Enteignung als unmittelbarer Grund für den Wegfall der servidão angesehen.¹⁾

Soweit die Pflicht, Dienstbarkeiten zu dulden, eine allgemeine Last jedes Grundherrn ist und die Belastungen nicht nur im Einzelfall sondern allenthalben notwendig werden, handelt es sich um einen entschädigungsfreien Eingriff im Rahmen dessen, was die deutsche Lehre als "Sozialbindung" bezeichnet. Soll die Bestellung einer servidão eine Entschädigung auslösen, so muß es sich um ein Sonderopfer handeln.²⁾

39. d) Auch Mineralminen und andere Bodenschätze (riquezas do subsolo) unterliegen ebenso wie Wasserfälle und alle Wasserkraftreserven der Enteignung nach den gesetzlichen Vorschriften. Dabei ist zu beachten, daß die Verfassung zu diesen natürlichen Energiequellen und Bodenschätzen "für den Zweck der Ausbeute oder der industriellen Nutzung" den Grundsatz des getrennten Eigentums aufstellt.³⁾ Zwar umfaßt das Bodeneigentum nach herrschender Auffassung auch den Untergrund (subsolo). Doch das Eigentum an den von der Verfassung genannten Substanzen ist ausgeschlossen.⁴⁾

Dogmatisch erscheint diese Regelung wenig klar. Vor allem ist problematisch der 1967 eingefügte und 1969 unverändert erhaltene Begriff der "jazidas", der "Fundstellen", deren rechtliche Unterscheidung vom Bodeneigentum wenig greifbar ist, so vor allem beim Tagebau (Kohle).⁵⁾ Es handelt sich nicht so sehr um eine örtliche Abgrenzung als vielmehr um eine rechtliche Folge qualitativer Urteile über den Boden. Wenn das Eigentum an den Energie- und

1) E. Sodré, S. 128 f

2) E. Sodré, S. 130: "É necessário que seja especial"

3) Neufassung in Art. 161 V. 167, heute Art. 168 V. 1969, vgl. Anhang;

4) I. Mascarenhas da Silva, S. 137

5) Ebenso schon Art. 4 des Código de Minas vom 29.1.1900. Vgl. auch die alte Fassung in Art. 152 V. 1946

Mineralquellen nur "für den Zweck der Ausbeute oder industriellen Nutzung" vom sonstigen Eigentum unterschieden werden soll, so kann das nur bedeuten, daß die Bodenbestandteile noch nicht getrenntes dingliches Eigentum bilden, sondern das Recht des Bodeneigentümers über sie wie über sein sonstiges Gut nach freiem Gutdünken zu verfügen¹⁾, beschränkt oder gar ausgeschlossen ist. Mit der Trennung vom Boden aber sind diese jazidas, minas und sonstigen Mineralreserven selbständiges Eigentum.

Dem Eigentümer des Bodens steht ein Anteil an den Ergebnissen der Ausbeute zu. Soweit die Fundstellen und Minen dem Ausbeutungsmonopol der Union unterliegen, hat ein Gesetz die Form der Entschädigung zu regeln.²⁾

In neuerer Zeit haben die Tendenzen, die Auswertung von Bodenschätzen zu verstaatlichen oder doch staatlich gelenkten Gesellschaften zu übertragen, deutlich zugenommen. Ohnehin besteht seit der Vargas-Zeit die staatliche Monopologesellschaft für die Petroleumausbeute und Verarbeitung, die Petrobras. An ihr ist die brasilianische Union mit über 80 % des Kapitals beteiligt. Im August 1969 wurde auch für den Bergbau eine staatliche Gesellschaft gegründet, an der der Bund mit 51 - 60 % der Aktien beteiligt ist, die Nationale Gesellschaft zur Erforschung der Bodenschätze (PPRM).³⁾

40. Auch der Wasserlauf auf einem Grundstück, soweit es sich nicht um öffentliche Gewässer handelt, und Quellen können enteignet werden.⁴⁾ Anlaß zu einer gesetzlichen Regelung der Frage, wie ein privater Wasserlauf zu enteignen und zu entschädigen sei, war ein Prozeß aus dem Jahre 1880.

1) "o direito de usar, gozar e dispor de seus bens",
Art. 524 CC

2) Art. 168 §§ 2 und 3 V.1969, ebenso schon Art. 161

3) Vgl. FAZ v. 1.9.1969

V.1967

4) C. Maximiliano, S. 98

Die Enteignung war zum Zwecke der Versorgung der Öffentlichkeit mit Wasser erfolgt. Der Eigentümer vertrat seinerzeit den Standpunkt, das Wasser sei mit seinem Verkaufswert zu entschädigen. Die Entschädigungssumme entspreche deshalb dem Gewinn, den die Weitergabe des Wassers an die Bevölkerung abwerfe.

Das Gericht stellte sich mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften auf den Standpunkt, das Wasser in Form einer Quelle oder eines natürlichen Wasserlaufs sei Bestandteil des Geländes und mit diesem gemeinsam zu schätzen. Der Wert des Wassers sei daher vom Wert des Grundstücks erfaßt.¹⁾ Die Unsicherheit über den Wert von privaten Wasserläufen oder Quellen führte zu einer ersten gesetzlichen Regelung im Jahre 1888²⁾, die zur Grundlage aller späteren Enteignungsnormen für Wasserrechte wurde. Ein Bundesgesetz von 1903 bestimmte dann, daß der Wert der Entschädigung für die Enteignung von Wasser dem Umfang der tatsächlich genutzten Wasserkraft entsprechen sollte, wie sie vom Eigentümer zum Zeitpunkt der Enteignung in Anspruch genommen wurde. Die Entschädigung darf die Forderung des Eigentümers nicht übersteigen und nicht niedriger sein als das Angebot des Enteignungsführers oder 6 % des Wertes des Grundeigentums. Daneben sind Entschädigungen für den Grundeigentümer oder Nachbarn vorgesehen, soweit Versorgungseinrichtungen wie Wehre, Stauwerke und Leitungen gebaut werden müssen. Ebenso steht dem Eigentümer, dem durch den Bau der Wasserversorgungsanlagen oder eines Kraftwerks eigene Einrichtungen zerstört oder unbrauchbar gemacht werden, eine angemessene Entschädigung zu, soweit nicht eine entsprechende Wasserzufuhr aufrecht erhalten werden kann. Neben der Entschädigung garantiert das Gesetz dem Eigentümer die für den

1) Vgl. Darstellung bei Sodré, S. 114 f

2) Gesetz No. 3399, Art. 21

eigenen Hausgebrauch erforderliche Wassermenge, die ihm zugeleitet werden muß.¹⁾

41. Eine Besonderheit enthält der Código de Águas, das Wassergesetz von 1934.²⁾ Es gibt dem Inhaber von Wasserrechten (dem angrenzenden Eigentümer oder Konzessionär) entsprechend seiner Konzession das Recht, ältere Wasserberechtigte und Nachbarn zu enteignen nach Maßgabe des Enteignungsgesetzes und mit der Bedingung, daß er selbst die Entschädigung zahlt. Daß es sich nicht um ein selbständiges Enteignungsrecht handelt, sondern in Wirklichkeit um eine Ermächtigung durch den Staat, dessen unübertragbares Recht zur Enteignung zu betreiben, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt.³⁾ Der Konzessionär macht also lediglich einen Anspruch des Staates geltend. Auch im Wasserrecht sind Enteignungen zugunsten privater Dritter nicht zulässig, sondern nur im Interesse einer von ihnen wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe.⁴⁾

42. Die Möglichkeit der Enteignung ist in den letzten Jahren aktuell gewesen im Rahmen des Bestrebens einiger Bundesstaaten, die heilkräftigen Quellen in ihrem Gebiet unter staatlicher Regie auszubeuten. Die gesetzliche Grundlage bietet Art. 5 g) BrEG.

Im Zuge der Entwicklung auch des Tourismus hat private Initiative an vielen Stellen Bemerkenswertes geschaffen, die ungenutzten Quellen überhaupt erst erschlossen und mit hohen Investitionen Badehäuser, Bäder, Parks und Nebenanlagen errichtet. Das Interesse der Bundesstaaten war in der Vergangenheit durch andere Probleme von dieser Entwicklung abgelenkt. Immer wieder wurden aber Initiativen ergriffen, die auf eine staatliche Übernahme durch Enteignung

1) Art. 37 des Dekretes No. 4.956 von 1903

2) Dekret No. 24.643, mehrfach geändert

3) Vgl. oben Rz. 30

4) a.A. Sodré, S. 116, der in dem Art. 169 des CA eine Ermächtigung zur Enteignung im Privatinteresse (utilidade privada) sieht und ihn deshalb kritisiert.

nung oder auf andere staatliche Eingriffe abzielten. Das jahrelange politische Hin und Her über diese Heilquellen und Bäder hat vor allem im Süden des Staates Minas Gerais zu einer Lähmung der privaten Initiative von Bürgern, Clubs und örtlichen Organisationen geführt. Die Sorge der privaten Gemeinschaften, bei solchen Enteignungen unzureichend entschädigt zu werden, behindert weitere Investitionen und Modernisierungen. Die nachlassende Privatinitiative fördert andererseits wieder die Unzulänglichkeiten und Beschwerden, die ihrerseits den politischen Druck auf Übernahme verschärfen.

Dieser circulus viciosus ist an vielen Stellen zu beobachten. Der Streit um die Verstaatlichung ausländischer Versorgungsunternehmen wie Elektrizitätswerke, Eisenbahnen, Straßenbahnen (Santos), Telefongesellschaften bietet hierfür eine Fülle von Beispielen.

Festzuhalten bleibt aber die grundsätzliche Möglichkeit, Wasserläufe und Quellen und Wasserrechte zu enteignen, auch wenn ein öffentliches Interesse in der Regel nur dort bestehen wird, wo eine Nutzung zum Wohle der Allgemeinheit nicht oder nur unzureichend erfolgt.

43. e) Besonderes Interesse erregt in der brasilianischen Literatur die Frage, ob auch die Gebäude von Botschaften, Gesandtschaften und Konsulaten enteignet werden können. Wenn auch eingestanden wird, daß in der Regel das Problem auf dem Verhandlungswege gelöst werden muß, so wird doch erörtert, ob das Prinzip der Extra-Territorialität einer Enteignung entgegensteht. Wenn nach internationalem Recht und Brauch das Haus der diplomatischen Vertretung als außerhalb des Territoriums¹⁾ angesehen werde, so könne darauf das nationale Recht nicht angewandt werden. Das Ergebnis wäre, insbesondere dort, wo die Vertretung nur als Mieterin residiert, befremdend.

Übereinstimmend wird daher anerkannt, daß grundsätzlich

1) insoweit, als auf bestimmte Hoheitsrechte verzichtet wird

auch solcher Grundbesitz enteignet werden kann. Die Lösung wird darin gesucht, daß diplomatische Gepflogenheit, und damit auch die sogenannte Extraterritorialität, keine dinglichen Rechte darstellen, im Enteignungsrecht demnach keine Rolle spielen.¹⁾ Ist der fremde Staat Eigentümer, wird in der Praxis dennoch auf eine Enteignung verzichtet werden. Ist er dagegen Mieter, steht der Enteignung des Vermieters nichts im Wege, auch wenn die spätere Räumung im Einvernehmen mit der diplomatischen Vertretung und nicht in Anwendung des Art. 8 d) Dekret-Gesetz No. 6.739 vom 26.7.1941 (Enteignungsräumung) vorgenommen wird.

44. f) Auch sonst ist grundsätzlich ohne Einfluß auf die Zulässigkeit der Enteignung, wer der Eigentümer des Gegenstandes ist. Gleichgültig ist auch, ob er anwesend, erreichbar, geschäftsfähig oder zur Wahrnehmung seiner Geschäfte in der Lage ist.
45. g) Auch öffentliches Eigentum im weiteren Sinne (bens públicos) kann enteignet werden. Das brasilianische Zivilrecht unterscheidet zwischen öffentlichen und privaten Gütern, bens públicos und bens particulares, Art. 65 CC. Das öffentliche Eigentum wird zudem in Art. 66 CC in drei Kategorien unterteilt, in
- aa) Güter im Allgemeingebrauch wie Küstengewässer, Flüsse, Bahnen, Straßen, Plätze;
 - bb) Güter in besonderer Nutzung (uso especial) wie öffentliche Gebäude etc.;
 - cc) fiskalisches Vermögen der Union, der Staaten oder Munizipien (bens dominicais).

Diese bens publicos sind unveräußerlich (inalienavel), soweit nicht ein Gesetz ausdrücklich etwas anderes vorsieht, Art. 6-7 CC. Das bedeutet aber nicht, daß sie nicht ent-

1) E.Sodré, S. 131; I.Mascarenhas da Silva, Ib., S. 132 m.w.N.; Whitaker S. 16

eignet werden könnten. Für Eigentum der dritten Kategorie (dominical) ist dies unstreitig. Fiskalisches Vermögen muß, wenn es im öffentlichen Interesse liegt, wie Privateigentum enteignet werden können. Es gilt jedoch die erwähnte hierarchische Einschränkung des Art. 2 § 2 BrEG, daß das Gut der Union nicht enteignet werden kann, wie auch das der Staaten zwar von der Union nicht aber von den Munizipien entzogen werden darf.¹⁾

Die Gleichstellung privaten und öffentlichen Eigentums gilt grundsätzlich auch für die Güter, die im Allgemeingebrauch oder in besonderer Nutzung stehen.²⁾ Ihre Enteignung wird aber in der Regel durch eine zweite, überschneidende Widmung (super-afetação) erfolgen, zumeist durch Bestellung von Dienstbarkeiten, oder eine Entwidmung (desafetação) und neue anderweitige Widmungen.³⁾ Hierhin gehören etwa die Rechte, durch eine Straße eine Versorgungs- oder Telefonleitung zu legen oder Überführungen und Tunnels zu bauen.⁴⁾

Das Erfordernis der Notwendigkeit der Enteignung und der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffes zwingen auch im brasilianischen Recht dazu⁵⁾, bei einer Enteignung zugunsten der Verlegung von Leitungen und Wegen, möglichst schon belastete Trassen zu wählen und das noch unbeeinträchtigte Privateigentum zu schonen. Soll eine weitere Leitung durch einen Geländestreifen gelegt werden, der schon durch (Zwangs)bestellung einer Dienstbarkeit enteignet ist, so wird eine Entschädigung nur für den weiter-

1) Vgl. oben Rz. 32

2) Insoweit a.A. Pontes de Miranda, S. 407, ohne Begründung

3) I.M. da Silva, Ib., S. 140

4) E. Sodré, S. 124/5, der zum Beweis des Grundsatzes, daß auch öffentliches Eigentum enteignet werden kann, auf die Enteignung ganzer Orte mitsamt ihren öffentlichen Wegen und Einrichtungen beim Bau von Talsperren verweist.

5) Vgl. unten Rz. 67 ff

gehenden Schaden oder Nachteil geschuldet, soweit der Privateigentümer beeinträchtigt wird, da er schon einmal Ersatz erhalten hat.¹⁾ Im Übrigen handelt es sich um die Frage des Interessenausgleichs zwischen zwei öffentlichen Unternehmen. Bei einer Kollision der Widmungen hat das weniger wichtige öffentliche Interesse wie ein Privatrecht zu weichen.²⁾

46. h) Überhaupt können alle dinglichen Rechte selbständig entzogen werden; ebenso alle schuldrechtlichen Ansprüche,³⁾ alle Gegenstände, körperliche und unkörperliche⁴⁾, veräußerliche und unveräußerliche, teilbare und unteilbare⁵⁾. Enteignet werden kann somit alles, was jemand besitzen und innehaben kann oder was Objekt des Eigentums in zivilrechtlichem Sinne sein kann.⁶⁾ Dagegen können Rechte, die unverzichtbar sind, wie Namen und das Recht, den Namen einer eigenen Sache, einem eigenen Werk zu geben, nicht Gegenstand der Enteignung sein.⁷⁾
47. Zu den Rechten, die enteignet werden können, gehören auch Aktien und andere Beteiligungsrechte an Gesellschaften und Unternehmen.⁸⁾ Der Staat ist grundsätzlich nicht auf die Enteignung der einzelnen Sachwerte beschränkt, so daß er nur einzelne Liegenschaften und Gegenstände der betroffenen Aktiengesellschaft enteignen könnte, nicht aber die Aktien. So wurde die Enteignung der Aktien des Banco

1) Vgl. zur Problematik der Enteignungen zugunsten von Versorgungsleitungen und insbesondere zur Doppelbelastung und Schutzstreifenüberlappung im deutschen Recht: H. Joachim in NJW 1969, S. 2175 ff.

2) E. Sodré, loc.cit.

3) Seabra Fagundes, S. 40; vgl. Art. 44 I und 48 I wie II.

4) Whitaker, S. 13; C. Maximiliano, S. 98

5) I. Mascarenhas da Silva, a.a.O., S. 131

6) C. Maximiliano, a.a.O.

7) Pontes de Miranda, S. 409

8) C. Maximiliano, S. 98

Hipotecária e Agrícola de Minas Gerais und die Enteignung der gesamten Aktien der Cia. Paulista de Estradads de Ferro vom Obersten Bundesgericht für rechtmäßig angesehen.¹⁾ Bei einer Gesellschaft, deren Aktivität sich nicht nur in einem Wirtschaftszweig niederschlägt, wird freilich immer die Frage der Notwendigkeit und Angemessenheit sorgfältig zu prüfen sein. Schon bei der Beschränkung der Tätigkeit auf einen Bereich bleibt immer zu beachten, daß die Totalenteignung nur als ultima ratio eines notwendigen staatlichen Eingriffs zulässig ist.²⁾

Die vorläufige Besitzeinweisung erfolgt im Falle der Enteignung von Aktien gegen Hinterlegung des Tageskurswertes der Aktien an der Börse. Die Prüfung, ob dieser Wert angemessen ist, bleibt dem ordentlichen Verfahren vorbehalten, also auch die Entscheidung, ob der Kurswert nicht durch Manipulationen wie etwa eine Ankündigung der bevorstehenden Enteignung gedrückt wurde.³⁾

48. 1) Konzessionen (concessões de obras ou de serviços públicos) können enteignet werden wie alle anderen Rechte auch. Verträge, Konzessionen und Vorrechte werden, soweit sie Eigentum im Sinne der Verfassung beinhalten, nicht einfach widerrufen oder "gekündigt". Ihre vorzeitige Ab-

1) STF in RF 209 (1965), S. 103 f, 109

2) Vgl. unten Rz. 69 zur Notwendigkeit.
Im Falle der Cia. Paulista hatte die Gesellschaft geltend gemacht, die Enteignung sei nicht rechtmäßig, weil zwar möglicherweise die Eisenbahn mit ihren Nebenanlagen verstaatlicht und enteignet werden könne, nicht aber das sonstige Vermögen der Gesellschaft, so etwa die Liegenschaften und Gebäude der Gesellschaft in São Paulo. Der STF brauchte diese Frage im Verfahren letztlich nicht zu entscheiden, sie wurde im Grundsatz aber zu recht aufgeworfen, da die Enteignung mit der Sicherung eines geordneten Verkehrs begründet worden war.

3) TJ de São Paulo in RF 209(1965), S. 107

änderung durch den Staat bedeutet vielmehr eine Enteignung.¹⁾ Eine Enteignung liegt aber dort nicht vor, wo ein anderer Grund zum Wegfall führt, so beim Auslaufen einer zeitlich begrenzten Konzession und beim Widerruf aufgrund ausdrücklichen Widerrufsvorbehalts, für die in der Regel eine Entschädigung nach Eigentumsrecht daher nicht anfällt.²⁾ Dagegen löst ein vorzeitiger Entzug die Ersatzpflicht des Staates aus, die ihn jedoch in der Regel schon nach allgemeinem Verwaltungsrecht (Widerruf begünstigender Verwaltungsakte) zum Schadensersatz (perdas e danos) verpflichten wird und nicht auch dem Enteignungsrecht unterliegt. Im Gegensatz zum Widerruf wird die Enteignung daher (encampação oder resgate) selten sein.³⁾

49. k) Auch Mietrechte können enteignet werden. Ihr Fortbestand hat für den Mieter oft größere wirtschaftliche Bedeutung als für den Hauseigentümer das Recht an seinem Grundstücksbesitz. Während im deutschen Recht die Enteignung von Miet- oder Pachtrechten ausdrücklich vorgesehen ist⁴⁾, kennt das brasilianische Recht keine entsprechende Regelung. Vielmehr blieb es der Literatur und Rechtsprechung überlassen, bei Auslegung des Enteignungsgesetzes von 1941 unter "todos os bens" in Art. 2 auch die Mietrechte mit einzubeziehen. Hierbei konnten sie sich jedoch auf das brasilianische Mietrecht stützen.

Der Gesetzgeber schützt im sogenannten "lei das luvas"⁵⁾

1) C. Maximiliano, S. 99

2) Vgl. im deutschen Recht BGH v. 11.5.1967 in ZMR 1968,

3) I. Mascarenhas da Silva, S. 134/136; 196
E. Sodré, S. 132/3

4) § 97 Absatz 3 Ziffer 2 BBauG; vgl. hierzu Gelzer, Rz. 376 ff

5) "Luvas" sind die Werte eines wirtschaftlichen oder kaufmännischen Betriebes, deren geschätzte Summe in den Preis des Unternehmens bei einer Veräußerung üblicherweise eingeschlossen werden; vgl. Pequeno Dicionário de Língua Portuguesa, S. 749. Im engeren Sinne sind die luvas auch die Summe, die ein neuer Mieter (Fortsetzung s.S. 40)

den Mieter gegenüber dem Hauseigentümer, um ihm seine Existenz zu sichern. In diesem Gesetzesdekret heißt es, daß der Eigentümer eines Betriebsgebäudes "im Interesse der Allgemeinheit" Einschränkungen seines Eigentumsrechtes zugunsten des Betriebsinhabers hinnehmen muß und weiter :

"Der Mieter, der aus besseren Gründen (des Eigentümers) seinen Mietvertrag nicht (automatisch) erneuern kann, hat das Recht auf eine Entschädigung nach Maßgabe des allgemeinen Rechts und insbesondere als Ersatz für die Nachteile, die auf ihn als Lasten des Umzugs und in Auswirkung des Verlusts der Lage des Geschäfts oder Betriebs und der Entwertung des fundo de comércio zukommen." 1)

50. Dem Begriff des "fundo de comércio", des Geschäftsfundus, entspricht im deutschen Recht die Formel vom "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb".²⁾ Mit dem lei das luvas bezweckte der Gesetzgeber einen Schutz des gewerbetreibenden Mieters gegenüber Kündigungen des Eigentümers. Zugleich erkennt er damit aber aus allgemeinen wirtschaftlichen Gründen das Fortbestehen des Mietverhältnisses als vermögensgleiche Position an. Wenn dann aber der Staat durch Enteignung das Mietverhältnis auflöst, um beispielsweise das dem Eigentümer entzogene Haus abreißen zu können, so erscheint es billig, auch dem Mieter einen Ersatzanspruch für den ihm entstehenden Vermögensschaden zuzusprechen. ³⁾

dem Eigentümer als zusätzliches Entgelt bei der Anmietung insbesondere von betriebsgrundstücken zahlt. Diese verloreneren Abschlußprämien sind verboten, jedoch allgemein üblich, insbesondere wenn langfristige Mietverträge abgeschlossen werden.

1) Art. 2o des Dekrets No. 24.15o vom 2o.4.1934

2) Das Pequeno Dicionário, S. 579, definiert den "fundo de comércio" wie folgt : "Gesamtheit von Rechten und Gütern(Kundschaft, Handelsmarke, Patente für Erfindungen, Warenzeichen, Waren etc.), die dem Kaufmann zustehen und es ihm ermöglichen, seine kaufmännischen Unternehmungen durchzuführen."

3) S. Fagundes, Os terceiros em face da desapropriação, in Direito, vol. 17.S. 76

Folgt man dem Grundgedanken des zitierten brasilianischen Mietrechts, so steht sich der Mieter im Falle einer Enteignung des Grundbesitzes möglicherweise besser als nach deutschem Recht. In beiden Ländern gilt : Setzt der Staat, nachdem er das zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendige Grundstück erworben hat, das durch Ablauf der Vertragsdauer erloschene Mietverhältnis mit dem Mieter des Grundstückes nicht fort, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung nach Enteignungsrecht. Denn dem Staat steht es als Nachfolger des Enteigneten wie einem Privatmann frei, einen neuen Mietvertrag abzuschließen oder nicht. Dabei ist gleichgültig, ob die öffentliche Hand das Grundstück auf privatrechtlichem Wege ¹⁾ oder durch Enteignung erworben hat, wenn nur der alte Vertrag abgelaufen ist. Nach brasilianischem Recht schuldet aber der Staat in einem solchen Fall möglicherweise dem Mieter eine Abfindung, wenn dieser nach dem lei das luvas auch dem Alteigentümer gegenüber einen solchen Anspruch bei Nichterneuerung des Vertrages gehabt hätte. Das Enteignungsmotiv des Staates ist in einem solchen Fall den "besseren Gründen" des Eigentümers nach Art. 2o des genannten Gesetzes gleichzustellen.

51. Die Enteignung berechtigt nach Art. 1.197 als ein Wechsel des Eigentümers zur Auflösung des Mietverhältnisses, es sei denn, die Fortdauer wurde ausdrücklich im Vertrage vorgesehen und im "öffentlichen Register" ²⁾ eingetragen. Eine Kündigung kann zwar bei Veräußerung nur unter Einhaltung der Frist des Art. 1.2o9 CC ausgesprochen werden, Art. 1.197 § 1 CC. Der Gesetzgeber hat aber diese Lage zugunsten der Beschleunigung der öffentlichen Arbeiten des

1) Zur Vermeidung einer Enteignung. Für das deutsche Recht in einem solchen Fall ausdrücklich BGH v. 27.1.1969 in MDR 1969, 463

2) Dem deutschen Grundbuch ähnlich. Vgl. die Eintragung eines dinglichen Wohnungsrechts gemäß § 1o93 BGB.

Staates geändert und bei Enteignung von Liegenschaften die Räumung (despejo) zugelassen.¹⁾ Enteignung ist in diesem Sinne nicht nur der technische Eigentumsverlust durch Prozeß, sondern auch die einverständliche Veräußerung durch Verkauf aufgrund der declaração de desapropriação.

Eine solche Zwangsräumung kann für den Mieter hohe Verluste, die Schließung des Betriebes oder gar den wirtschaftlichen Ruin bedeuten, wenn er Gehälter und laufende Kosten weiterzahlen muß bis zur Eröffnung an anderer Stelle, während hohe Kosten für die Anmietung (Abstandssummen / luvas) und für die Einrichtung, der Kundenstamm und die Vorteile aus einem bestimmten Standort verloren sind und regelmäßige Gewinne plötzlich entfallen.

52. Im brasilianischen Recht wird heute allgemein anerkannt, daß der "fundo de comércio" Eigentum im Sinne der Verfassungsgarantie des Art. 150 § 22 V.1967 ist und ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu entschädigen ist.²⁾ Als Argument gegen eine volle Entschädigung für einen Eingriff in den "fundo de comércio" wird gelegentlich geltend gemacht, daß das Gesetz den Ersatz für Folgeschäden beschränkt, wenn ein Umzug erforderlich wird. Nach Art. 25 § 1 BrEG kann der Richter eine angemessene (módica) Summe für den Ausbau und Abtransport installierten Materials (maquinismos) zuerkennen, wenn dieses in Betrieb ist (em funcionamento). Daraus wird geschlossen, daß ein darüber hinausgehender Schaden nicht anzurechnen ist.³⁾ Doch wird diese Ablehnung und Lücke im Gesetz als unbillig empfunden und eine Änderung der Ge-

1) Art. 8 b) des Dekretgesetzes No. 6.739 v. 26.7.1941

2) I. Mascarenhas da Silva, S. 325 - 352; Pontes de Miranda vol. 5, S. 422; E. Sodré, S. 196 u. 198; Seabra Fagundes a.a.O.; a.A. Oliveira de Cruz, S. 91 f

3) Saboia Lima in RDA Jan. 1945, S. 83; Oliveira e Cruz, S. 91/92; E. Sodré a.a.O.

gesetzgebung im Eigentumsrecht gefordert.¹⁾ Diese Auffassung übersieht aber, daß die Verfassung eine Enteignung nur gegen gerechte Entschädigung zuläßt. Wenn daher der Gesetzgeber dem Mieter einen Anspruch gegen den Vermieter auf Ersatz der "Entwertung des Gewerbebetriebes" gibt²⁾, so ist unverständlich, wie der Staat sich der gleichen Verpflichtung soll entziehen können, wenn er selbst die Räumung erzwingt. Die Tatsache, daß er selbst nicht mehr nach Enteignung der Liegenschaft wie ein Vermieter kündigen muß, sondern das Gesetz ihm ein spezielles Räumungsrecht an die Hand gibt, kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Es wäre verfassungswidrig. Vielmehr muß aus der Verfassung unmittelbar ein Anspruch des Inhabers des "fundo de comércio" auf angemessene Entschädigung abgeleitet werden, wo immer der Staat in diesen eingreift.³⁾

53. Die Verfassung ist in ihrer Eigentumsgarantie "self-executing". Zur Ableitung eines Ersatzanspruches im Falle der Enteignung bedarf es nicht einer gesetzlichen Regelung.

Das Argument, daß während der Beratung des Enteignungsgesetzes versucht worden sei, den "fundo de comércio" entschädigungsfähig zu machen, und daß der Gesetzgeber dies eben nicht getan habe, steht der Entschädigungspflicht ebenfalls nicht entgegen. Das Gesetz nahm in vielerlei Hinsicht diktatorische Züge des Vargas-Regimes auf, denen angesichts der neuen Verfassungen von 1946 und 1967 keine

1) Oliveira e Cruz und Saboia Lima a.a.O.

2) Art. 20 des lei de luvas: desvalorização de fundo de comércio

3) I.M. da Silva, S. 346 und 352

Geltung mehr zukommen kann.¹⁾

54. Was gehört nun zu diesem "fundo de comércio"? Eine Legaldefinition gibt es bislang auch im brasilianischen Recht nicht. Eine Lösung kann auch nicht in Anknüpfung an dingliche Rechte des CC gesucht werden. Der fundo ist kein dingliches Recht und wird es auch nicht dadurch, daß der Mietvertrag als durch Veräußerung unauflösbar in das öffentliche Register eingetragen wird (Art. 1.197 CC).²⁾ Anhaltspunkte liefern aber schon das Enteignungsgesetz in Art. 32 und das zitierte Mietrecht aus dem "lei de luvas", Art. 20. Danach sind zu berücksichtigen: der Ausbau und Transport von Maschinen und Einrichtungen und ihre Wiederaufstellung an anderer Stelle; alle Nachteile, mit denen der Inhaber infolge des Umzugs rechnen muß, Art. 20 lei de luvas; Nachteile aus dem Verlust des Standortes des Betriebes und die Entwertung des Gewerbebetriebes.

Daneben sind Teile des Geschäftsfundus, deren Verlust nicht ersatzlos hingenommen zu werden braucht: der Kundstamm, die besondere Geschäftslage (ponto), fortlaufende Gehälter und Bezüge von Angestellten während des Stillstands des Betriebes.³⁾

55. Das Oberste Bundesgericht hat den Grundsatz einer Entschädigung auch des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes anerkannt, schließt die Geltendmachung jedoch vom eigentlichen Enteignungsprozeß aus. Diese Haltung entspricht dem Bemühen, den Enteignungsprozeß, wie er als be-

1) Die Frage hatte vor allem mit dem Projekt der Avenida Getúlio Vargas vom 28.12.1940, einer ungeheuren neuen Verkehrsader durch eine vorwiegend kommerzielle Zone von Rio de Janeiro Aktualität erlangt. Das Regime setzte sich durch, um die Kosten niedrig zu halten.

2) Oliveira e Cruz, S. 87; I.M. da Silva, S. 344

3) Vgl. I.M. da Silva, S. 329 f

sonderes Verfahren und nur auf Antrag des Staates eingeleitet werden kann, im Sinne der schnellen Abwicklung der Grundenteignung zu vereinfachen. Gegenstand des Prozesses sollen nicht die Fragen werden, zu deren Klärung eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich wäre (materia de alte indagação). Der Wert für den Gewerbebetrieb ist daher in einem unmittelbaren Klageverfahren geltend zu machen (ação direta).¹⁾ Diese Regelung bringt für den Staat einige Vorteile, für die Prüfung der Entschädigungshöhe aber auch Nachteile. Zu den Vorteilen des Enteignungsführers zählt neben der Beschleunigung, daß der Mieter nicht am Prozeß beteiligt ist.

Stellt man aber Eigentümer und Mieter in der Frage einer Betriebsentschädigung gleich, so ist die Folge, daß der Hauseigentümer, der im eigenen Gebäude einen Betrieb hat, in zwei Prozessen seine Rechte geltend machen muß. In anderen Entscheidungen war bisher anerkannt, daß die Folgeschäden der (Haus-) Enteignung in die Entschädigungssumme einzubeziehen sind, wie dies Art. 32 § 1 BrEG für einen Teil ausdrücklich vorsieht.²⁾ Die Trennung in ein Enteignungsverfahren und die ação direta ist insbesondere dann unzumutbar, wenn die gleichen Faktoren in beiden Verfahren zu berücksichtigen sind. Vor allem wird dies bei der Bewertung der besonderen Lage des Grundstückes der Fall sein.³⁾

Fallen Eigentümer des Grundstücks und Betriebsinhaber auseinander, so entsteht dadurch ein besonderes Problem, denn einer der wichtigsten Bestandteile des fundo de comércio ist zugleich auch der Maßstab für den Preis des

1) Supremo Tribunal Federal v.14.8.1964 in RDA 81 (1965), S. 226; anders TJ de São Paulo in RdT 228 (Okt.1954), 166, das den Wert einbezog in einem Fall, in dem der Hauseigentümer selbst Inhaber des Betriebes war: a.A. Pontes de Miranda, S. 423, der auf die mangelnde Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Enteignungsurteils gegen den Mieter hinweist, vgl. oben Rz.49-50.

2) Vgl. RF 98 (1944), S. 136 ff; RF 98, S. 111; für den fundo de comércio ausdrücklich TJ de São Paulo in RdT 228 (Okt.1954), S. 166

3) STF in RF 98, S. 81

Grundstückes: der ponto, eben die spezifische Lage. Hier entsteht die Gefahr einer doppelten Entschädigungslast. Ebensowenig aber wie der Staat ohne eine angemessene Entschädigung nichts enteignen oder vernichten kann, wäre es andererseits gerecht, dem Staat eine doppelte Entschädigung aufzuerlegen.¹⁾

56. Zur Entschädigung des Kaufmanns genügt also nicht schon die bloße Tatsache, daß er ein Geschäft in dem enteigneten Hause hat. Vielmehr muß der Nachweis hinzukommen, daß seine Lage einen ungewöhnlich günstigen Standort bietet, der für den Inhaber mit erhöhtem Umsatz verbunden ist. Daneben darf der Wert des ponto nicht schon mit dem Preis für das Gebäude oder Grundstück abgegolten sein, was insbesondere dann der Fall ist, wenn ungewöhnlich hohe Miteinnahmen gemäß Artikel 27 BrEG zu einer überdurchschnittlichen Bewertung des Grundstückes führen. Insoweit wird von dem Wert der besonderen Lage die hohe Mietlast abzuziehen sein. Als einen Anhaltspunkt für den Wert des Standorts schlägt Sodré die Höhe des dem Vermieter beim Einzug gezahlten (gesetzlich verbotenen) Abstandsgeldes vor, abzüglich des Teils, der dem schon abgelaufenen Teil der Mietvertragsdauer entspricht.²⁾

In der Frage der Entschädigung des fundo de comércio wegen Enteignung dürfte das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Auch wenn das oberste Bundesgericht eine Trennung der Verfahren befürwortet, um das Enteignungsverfahren zu beschleunigen, ist doch nicht zu verkennen, daß sowohl der Grundsatz der vorherigen Entschädigung als

1) E. Sodré

2) E. Sodré, S. 198, zugleich zum vorhergehenden; S. nennt als Beispiele der "ausnahmsweisen" Entschädigung ein Restaurant, Café etc. an exponierter Stelle oder ein Geschäft mit Zufallskundschaft in der Nähe einer Bushaltestelle oder eines Bahnhofs.

auch die erwähnte Gefahr von Doppelentschädigungen gegen eine Abtrennung des Ersatzanspruches für den Gewerbebetrieb sprechen. Auch die gesetzlich vorgesehene vorherige Besitzeinweisung nach Hinterlegen einer vorläufigen Ersatzsumme dürfte das Abtrennen aus Beschleunigungserwägungen überflüssig machen.

57. Keinen Schutz genießt der Besitzer eines Gebäudes oder Grundstückes, wenn er keinen Mietvertrag abgeschlossen hat und ihm nur unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs die Benutzung gestattet wurde (*locação impropria, a titulo precario*). Da der Eigentümer ihm jederzeit "kündigen" könnte, ohne nach dem Mieterschutzrecht ersatzpflichtig zu werden, darf auch der Enteignende ebenso verfahren, wenn er an die Stelle des Eigentümers tritt. Dies gilt insbesondere für Mietverträge, die ausdrücklich nur für die Zeit bis zum Abbruch des Gebäudes befristet geschlossen wurden.¹⁾
58. 1) Nach Art. 660 CC können die Union oder die Staaten auch literarisches, wissenschaftliches oder künstlerisches Eigentum im Sinne der Urheberrechte enteignen, wenn das Werk einmal veröffentlicht worden ist und der Inhaber eine Neuauflage verweigert. Insoweit geht es freilich nur um das Reproduktionsrecht, nicht um die Interessen des Eigentümers gegenüber Plagiatoren.²⁾ Auch eingetragene Urheberrechte und Patente, jede Art von Erfindungen kann enteignet werden, wenn der Berechtigte eine Auswertung für Gesundheits- und Verteidigungszwecke oder Ziele der industriellen, landwirtschaftlichen oder kommerziellen Nutzung verhindert.³⁾ Diese Fälle sind deutliche Bei-
-
- 1) TJ do Distrito Federal v. 5.8.1953, vgl. Yára Muller Leite, S. 34/5; für das deutsche Recht ebenso BGH v. 11.5.1967 in ZMR 1968, 196; vgl. auch Gelzer Rz. 379
- 2) I.M. da Silva, a.a.O., S. 130; E.Sodré, S. 122
- 3) C. Maximiliano, a.a.O.

spiele für die auch im brasilianischen Recht längst anerkannte Einsicht, daß nicht mehr das Eigentum als freies Verfügungsrecht Gegenstand der Eigentumsgarantie ist, sondern nur noch der Wert dieses Eigentums. Die Gesellschaft normierte schon im ausgehenden 19. Jahrhundert ihr Recht auf die Nutzung jedes privaten Gutes, auch wenn der Eigentümer es ihr vorenthalten will. Ihm bleibt das Recht auf den Wert.¹⁾

59. Zusammenfassend kann mit der herrschenden Auffassung gesagt werden, daß alle vermögenswerten Güter, alle Vermögenswerte jedweder Art enteignet werden können²⁾, ebenso alles, was im deutschen Recht mit Begriffen wie "wohlerworbene Rechte" oder "Besitzstand" umschrieben wird.³⁾ Wenn das Gesetz auch nur vom Eigentümer spricht, so ist damit heute ebenso wie in der Eigentumsgarantie des Art. 150 § 22 V.1967 jeder Rechtsinhaber gemeint.⁴⁾

Die Grenze der Enteignung ist allein aus dem Begriff der utilidade zu gewinnen. Alles (sieht man vom Bargeld ab), was dazu dienen kann, die Ausführung des für das Wohl der Allgemeinheit zweckmäßigen Werkes zu ermöglichen und hierzu auch notwendig ist, kann enteignet werden.⁵⁾

1) Für die Urheberrechte vgl. Gesetz No. 3.129 v.11.10. 1882 und Dekret No. 8.820 v.30.12.1882; s. auch Whitaker, S. 16 und I.M. da Silva, S. 131

2) C. Maximiliano, S. 98, Rz. 535; I.M. da Silva, Lb., S. 129 (direitos patrimoniais de qualquer espécie); Barreto Filho, RdT 295 (1960), S. 25

3) direitos adquiridos, quando havidos legalmente; vgl. C. Maximiliano, a.a.O.

4) Pontes de Miranda, S. 423

5) I. Mascarenhas da Silva, S. 134

§ 3) ENTEIGNUNG AUS ÖFFENTLICHER NOTWENDIGKEIT ODER
ZUM ÖFFENTLICHEN NUTZEN (por necessidade ou
utilidade pública)

60. Die Verfassung von 1969 verwendet wie schon die aus den Jahren 1967 und 1946 ein im brasilianischen Recht klassisches Begriffspaar, um die möglichen Gründe einer Enteignung zu umschreiben: Die Enteignung ist zulässig aus Gründen öffentlicher Notwendigkeit (por necessidade pública) oder zum öffentlichen Nutzen (por utilidade pública). Der Verfassungsgeber von 1946 führte darüber hinaus einen weiteren Enteignungsgrund ein, über dessen Inhalt die brasilianische Jurisprudenz zunächst heftig gestritten hat. Es handelt sich um den Begriff der "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" (por interesse social)¹⁾, ein Begriff, den die Verfassungen von 1967 und 1969 ebenfalls wieder aufgreifen.

- Für den deutschen Juristen, der die weite Formel vom
61. "Wohl der Allgemeinheit" als ausreichende Umschreibung des verfassungsrechtlichen Enteignungsgrundes ansieht²⁾, und diese Klausel als unbestimmten Gesetzesbegriff auch der gerichtlichen Kontrolle unterwirft³⁾, erscheint eine solche Variation in der Verfassung zunächst befremdlich. Die wechselvolle Geschichte der Begriffe im brasilianischen Recht und die lebhaftete Diskussion in der nationalen Literatur zeigen, daß diese Begriffsunterscheidungen

1) Schnitzlein, S. 13, übersetzt den Begriff mit "Interesse der Allgemeinheit", was m.E. das sozialreformistische Anliegen des Verfassungsgebers nicht genügend verdeutlicht. S. unten Rz.

2) Vgl. Art. 14 GG und Art. 153 WRV und § 74 Einl. ALR: "Zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles" oder § 75 Einl. ALR: "Dem Wohle des Gemeinwesens"

3) Wolff I, § 62 IV a) 1; Maunz-Dürig,

auch in Brasilien nicht unproblematisch blieben. Sie spiegeln ein gewisses Bedürfnis wider, in der Tradition positivistischen Rechtsverständnisses auch die Verfassung möglichst "vollständig" zu gestalten. Eine wesentliche Rolle dürfte dabei gespielt haben, daß die Gerichte sich lange scheuten, Enteignungen auch hinsichtlich ihres legalen Grundes auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen¹⁾ und unter der Vargas-Diktatur sogar die gerichtliche Überprüfung des Vorliegens der legalen Ermächtigung gesetzlich verboten wurde.²⁾

62. Die Notwendigkeit (necessidade pública) liegt nach Seabra Fagundes vor, wenn die Verwaltung sich einem Problem gegenüber sieht, zu dessen unaufschiebbarer Lösung das Einverleiben dieses privaten Gutes in das Eigentum des Staates unbedingt notwendig ist.³⁾ Unter "utilidade pública" ist dagegen die Situation zu verstehen, in der der Gebrauch des privaten Eigentums als zweckmäßig und vorteilhaft (conveniente e vantajoso) für das Gemeindeinteresse erscheint, andererseits aber nicht einem zwingenden Imperativ gleichkommt.⁴⁾ Andere Autoren möchten den Unterschied darin sehen, daß "notwendige" Enteignungen nur in Verfolgung bewahrender, schützender Funktionen des Staates erfolgen dürfen, die Fälle der utilidade dagegen mehr Ziele einer Vervollkommnung oder Aufbesserung verfolgten.

1) Vgl. unten Rz. 187
und die dort zitierte Rechtsprechung und Literatur

2) Art. 9 der Gesetzesverordnung (decretolei) No. 3.365 vom 21. Juni 1941, der trotz der Proteste der brasilianischen Lehre bei der Neufassung durch Gesetz No. 2.786 vom 21. Mai 1956 nicht aufgehoben wurde. Pontes de Miranda, S. 391 und S. 416, hält den Art. 9 für eine Frucht der Diktatur und für "offensichtlich" verfassungswidrig.

3) Seabra Fagundes, Da desapropriação, S. 23; vgl. auch Sampaio Dória, vol. 4, S. 643: "o que é e não pode deixar de ser", also was zwingend notwendig erscheint.

4) Seabra Fagundes a.a.O.

Wieder andere sehen den Unterschied im Grad der Dringlichkeit. Die Fälle der *necessidade* seien von größerer Bedeutung und Dringlichkeit als die der *utilidade*.¹⁾ Dem entspricht in der Tat die Aufteilung, wie sie im Gegensatz zum Enteignungsgesetz von 1941 der *Código Civil* von 1916 in seinem Artikel 590 macht. Dort werden in enger Anlehnung an Artikel 2 des alten Enteignungsgesetzes vom 9. September 1903 (Dekret No. 4.956) als Fälle der *necessidade* aufgezählt :

- 1) die Verteidigung des nationalen Territoriums;
- 2) die öffentliche Sicherheit;
- 3) die öffentliche Hilfe in Katastrophenfällen;
- 4) Gefahr für die öffentliche Gesundheit
(*salubridade*)

Als Beispiele der *utilidade* nennt § 2 des Art. 590 CC : die Gründung von Siedlungen, den Bau von Krankenhäusern, Schulen, Bildungszentren, Straßen, Kanälen, Eisenbahnen, Plätzen, öffentlichen Versorgungsbauten, Stadtverschönerung (*decoração*) und die Ausbeutung von Bergwerken.²⁾

Ob dieses rein formale Kriterium der Dringlichkeit die Aufrechterhaltung der begrifflichen Unterscheidung rechtfertigt, erscheint mir fraglich. Solange aus ihr nicht verschiedene Konsequenzen abgeleitet werden und insbesondere nach einhelliger Auffassung in beiden Fällen sowohl eine vorherige Besitzeinweisung möglich als auch voller Wertersatz zu leisten ist³⁾, dürfte der Unterscheidung

1) So Clovis Bevilacqua, vol. 3, S. 136/137

2) Vgl. den Text im Anhang und hierzu C. Maximiliano, *Com. a Const.* 1946, vol.3, S. 104. S. auch die Fälle des *Código de Aguas*.

3) Vgl. unten Rz. 100. Ein nur teilweiser Ersatz aus Gründen des Gemeininteresses wird nur bei Enteignung wegen "interesse social" diskutiert, nicht auch bei "necessidade", vgl. unten Rz. 134.

keine praktische Bedeutung zukommen.

63. Das Begriffspaar der *necessidade* und *utilidade pública* ist dem französischen Recht entnommen.¹⁾ Dort scheint zwischen den beiden Begriffen zunächst kein Unterschied gemacht worden zu sein. Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte spricht auf der Grundlage des Entwurfs des amerikanischen Gesandten Jefferson 1789 nur von "*nécessité publique*", ebenso verfahren die Verfassungen von 1791 (1. Teil - "*Dispositions Fundamentales*"), von 1793 (art. 19) und von 1795 (art. 358). Die von 1799 schweigt sich aus. Der Code Civil Napoleons von 1804 (art. 545) und das erste Enteignungsgesetz von 1810 ersetzen den Begriff durch "*utilité publique*". Die Verfassungen von 1814 (art. 10) und 1830 (art. 9) verwenden keinen der Begriffe und sprechen statt dessen von dem allgemeineren "*intérêt publique*". Die Verfassung von 1848 (art. 11) verwendet wieder den Begriff der "*utilité publique*". Die Verfassungen seit 1852 halten eine ausdrückliche Bestimmung für nicht nötig und beziehen sich stattdessen auf die Grundrechte der Deklaration von 1789. Sie verlangen somit stillschweigend wieder die "*nécessité publique*".²⁾

64. Ebenso wechselvoll wie die Verwendung der beiden Begriffe in der französischen Verfassungs- und Rechtsgeschichte, ist auch der Gebrauch in den brasilianischen Verfassungen und Gesetzen.³⁾ Die Verfassung des brasilianischen Kaiserreichs von 1823 sprach lediglich vom öffentlichen Wohl, das zum Zwecke der Enteignung der Feststellung durch Gesetz bedurfte (*bem público legalmente verificado*). Die

1) Der französische CC spricht heute allerdings nur noch von *utilité publique*, Art. 545.

2) Vgl. die Präambel der Verfassung von 1958. S. auch Buchmüller, S. 3 f

3) Vgl. die Übersicht bei Paolo Jorge de Lima, S. 90

aus dem französischen Recht bereits bekannten Begriffe wurden nicht verwandt. Schon das Enteignungsdekret des portugiesisch-brasilianischen Königs vom 21. Mai 1821, das willkürlichen Enteignungen entgegentrag, nannte - allerdings mehr beiläufig - als Motiv nur "necessidade do Estado".¹⁾

Erst das älteste brasilianische Enteignungsgesetz vom 9. September 1826 griff beide Enteignungsmotive auf. Während aber im französischen Recht eine Unterscheidung nach Ziel und Umfang zwischen den genannten Begriffen offenbar noch nicht bewußt war, stellte das kaiserliche Gesetz die Begriffe nebeneinander und nannte getrennt Fälle der "Notwendigkeit" und solche des öffentlichen Nutzens.²⁾ Seither tauchen beide Begriffe nebeneinander in allen einschlägigen Gesetzen, aber auch in den Verfassungen von 1891, 1934, 1937, 1946 und in den neuesten von 1967 und 1969 auf, während die Lehre sich über Sinn und Unsinn der begrifflichen Unterscheidung stritt.

Diese Auseinandersetzung hat zu einer eigenartigen Erscheinung geführt, die ebenfalls eine Parallele im heutigen französischen Recht findet. Während in Frankreich die Verfassung durch Verweis der Präambel auf die Deklaration von 1789 von "necessité publique" spricht, die Gesetze und Dekrete aber nur den Begriff der "utilité publique" verwenden³⁾, wird andererseits in Brasilien durch die Verfassung die Enteignung auf "necessidade" u n d "utilidade pública" gestützt, im derzeit geltenden Enteignungsgesetz vom 21. Juni 1941 zählt der Ge-

1) Vgl. den Text im Anhang

2) Gesetz No. 422 vom 9. September 1826; vgl. hierzu Seabra Fagundes a.a.O., S. 22

3) Code Civil, art. 545; Ordonnance no. 58 - 997 vom 23.10.1958; Dekret vom 19.5.1959 (D. 1959, 505) und Dekret vom 6. Juni 1959 (D. 1959, 509) sowie vom 20.11.1959 (D. 1959, 652)

setzgeber jedoch die Enteignungsmotive in Artikel 5 unter dem einheitlichen Titel der "utilidade pública" auf.

65. Geht man mit der wohl unstreitigen Auffassung der Lehre beider Länder davon aus, daß der Begriff des öffentlichen Nutzens weiter ist als der öffentlicher Notwendigkeit, so ergibt sich für diese Rechtskreise kein Unterschied.¹⁾ In beiden Ländern gilt letztlich das weitere Konzept der "utilidade" als Enteignungsmotiv.²⁾

66. Von Bedeutung ist die begriffliche Unterscheidung meiner Ansicht nach nicht für die brasilianische Rechtspraxis, sondern nur im Rahmen einer Würdigung der historischen Entwicklung des Enteignungsrechts. Im 18. und 19. Jahrhundert hat das Eigentum als Recht des Individuums nahezu absoluten Charakter. In das ius utendi, fruendi et abutendi darf nur aus staatlicher Notwendigkeit eingegriffen werden. Für den Liberalismus erscheint schon ein Eingriff aus utilidade als suspekter Grenzfall. Auf dem Weg zur Betonung des sozialen Moments im modernen Eigentumsbegriff wird nicht nur die Enteignung aus utilidade selbstverständlich, sondern auch der Inhalt der utilidade immer mehr ausgeweitet bis hin zu der Vorstellung von Enteignungen als sozialreformerischem Mittel, worauf noch einzugehen sein wird.³⁾ So stellen auch die Motive des Ge-

1) Vgl. Waline, Droit Administratif, S. 459, der in dem Übergang von nécessité zu utilité die gesetzgeberische Tendenz der Ausweitung staatlicher Eingriffsmöglichkeiten zu Lasten des allzu absoluten, liberalistischen Eigentumsschutzes sieht.

2) Es entspricht der Eigenart französischer Rechtsauffassung, das Eigentum nicht mehr uneingeschränkt als vorverfassungsrechtliches absolutes Recht im Sinne der Deklaration von 1789 zu verstehen (vgl. Budeau, Libertés publiques, S. 337-340), sondern als nur durch das Gesetz gewährtes Recht (concession consentie par le législateur), wenn im engeren Begriff der Verfassung (nécessité) eine Begrenzung des weiteren Begriffs im einfachen Gesetz (utilité) nicht gesehen wird und zumindest für die Verwaltungsrechtsprechung Verfassung und Gesetz als "gleichrangig" dargestellt werden; vgl. de Laubadère, S. 116

3) S. unten Rz. 71 ff zum Begriff des "intérêt social"

setzes von 1941 heraus, die Aufrechterhaltung der beiden Begriffe entbehre jeden technischen oder praktischen Bedürfnisses. Es fehlt, wie es heißt, "qualquer objetivo de ordem técnica ou prática, porque idênticos são os processo de declaração (de utilidade ou necessidade pública) e os efeitos da medida".¹⁾ In der Regel wird daher eine Unterscheidung zwischen den Begriffen entweder als nicht deutlich genug oder als für die Praxis bedeutungslos abgelehnt.²⁾

Auf die rein geschichtliche Bedeutung der Unterscheidung verweist auch Eurico Sodré, der den Grund in der Aufteilung staatlicher Funktionen in erhaltende (conservadoras, vgl. art. 590 § 1 CC) und die Funktionen zur Verbesserung, Vervollkommen der staatlichen Ordnung (funções aperfeiçoadoras, vgl. art. 590 § 2 CC) sieht.³⁾

Pontes de Miranda meint, es sei nicht richtig, daß die Breite des Begriffs der "utilidade" eine Unterteilung überflüssig mache. Wenn er aber zur Begründung ausführt, daß nicht alles, was nützlich (util) sei, auch notwendig (necessário) sei, wenn auch vielleicht das, was notwendig sei, zugleich nützlich sei⁴⁾, so spricht dies gerade nicht für eine Aufrechterhaltung des Begriffs der necessidade, sondern für die Anwendung des allgemeineren Begriffs der utilidade. Notwendig für das angestrebte Ziel sind dann die Mittel, die so sehr zweckmäßig sind, daß nur noch sie sinnvoll erscheinen. Necessidade ist dann lediglich ein gesteigerter Grad von utilidade.⁵⁾

1) Vgl. de Lima, S. 90

2) E. Sodré, S. 82, der sie sogar als Synonyme ansieht, S. 56; Seabra Fagundes, S. 21 und 111; Celso Spinola, Desapropriações, S. 6; Schnitzlein, S. 15; O. Barreto Filho in Rev. dos Tribunais 295(1960), S.28; Oliveira a Cruz, S. 45, nennt die Unterscheidung "puramente dontrinária".

3) E. Sodré, a.a.O., S. 82

4) Pontes de Miranda (1968), vol. 5, S. 428

5) Oliveira e Cruz, S. 46

Auch der Hinweis, die einheitliche Anwendung des Begriffs utilidade sei angesichts der Verfassung, die nach wie vor beide Begriffe kenne, nicht gerechtfertigt¹⁾, ist rein formalkritisch und trägt zur begrifflichen Trennung nicht bei, solange nicht ein Fall aufgezeigt wird, der nur unter den Begriff der necessidade paßt, nicht aber von der utilidade erfaßt wird. Auch die Tatsache, daß die neuen Texte von 1967 und 1969 wieder beide Begriffe nennen, ändert hieran nichts.

Es ist letztlich nicht ersichtlich, wie qualitativ die Notwendigkeit, eine Straße zu verbreitern (art. 590 § 2 CC spricht hier nur von utilidade), von dem Erfordernis, ein Grundstück zwecks Errichtung einer Marinestation (necessidade nach art. 590 § 1, da "defesa do território nacional" betroffen ist) zu unterscheiden wäre. Die Erwägung etwa, es sei nur eine utilidade gegeben, da auch andere Straßen oder Straßenführungen in Frage kämen, ist zur Unterscheidung untauglich, da auch für die Militärbasis regelmäßig nicht nur eine Stelle in Frage kommt.²⁾

Das Dekret-Gesetz No. 3.365 nennt unter den Buchstaben a) und d) des Art. 5 Fälle der utilidade, die in Art. 590 CC der necessidade zugeordnet sind.

67. Mir scheint daher weniger die begriffliche Unterscheidung von Bedeutung als im Gegenteil eine Ergänzung der beiden Begriffe zueinander. Denn einerseits erweist sich der Begriff der "Notwendigkeit", geht man allein vom wörtlichen Sinn aus, als zu eng. Sie wird nämlich keineswegs so verstanden, als müsse durch die Motive etwa des

1) de Lima, S. 91

2) Vgl. die Kritik an der Trennung bei E. Sodré, S. 82. Auch Calos Maximiliano, a.a.O., S. 102, verwendet utilidade als den umfassenderen Sammelbegriff neben "interêsse social".

Art. 590 § 1 Código Civil die konkrete Enteignung zwingend gefordert sein. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß auch im Falle der *necessidade* der Austausch der Mittel denkbar bleibt (zum Beispiel durch Enteignung anderer Küstengrundstücke zum Bau der Marinestation).

Vielmehr ist anerkannt, daß zur zwingend erforderlichen Lösung eines anstehenden Problems im Einzelfall die Wahl unter den Mitteln durchaus einem Ermessen der Behörde offenstehen kann. "Notwendigkeit" braucht sich demnach nur auf das "ob überhaupt" zu beziehen, nicht auch auf das konkrete Mittel, das (im Rahmen der Notwendigkeit) aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit (*utilidade*) einem anderen vorgezogen werden kann.¹⁾ Dies muß zumindest dann gelten, wenn die zur Wahl stehenden Mittel gleich schwere Eingriffe in private Rechte bedeuten würden, wobei gleichgültig ist, ob sie ein und denselben Eigentümer oder verschiedene treffen würden.²⁾

Stehen mehrere taugliche Mittel zur Lösung der Aufgabe zur Verfügung, so ist letztlich sogar das Mittel des Losentscheides zulässig.³⁾ Erst recht müssen dann aber Motive der Zweckmäßigkeit den Ausschlag geben können. Auch im Rahmen der "*necessidade*" sind somit mitunter Erwägungen der "*utilidade*" heranzuziehen. Daß dies für den Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Bedeutung ist, liegt auf der Hand, wenn man mit der modernen Auffassung die Überprüfung auch der "*declaração de desapropriação*", der vorprozessualen Enteignungserklärung, zuläßt.⁴⁾

Mit der hier dargestellten Einschränkung des Begriffs

1) Carlos Maximiliano, Com. a Const. Bras. de 1946, vol.3, S. 105, spricht der Verwaltung ausdrücklich auch für *necessidade* die Befugnis zu, nach "freiem Ermessen" (dtsch. zitiert!) zu unterscheiden (*resolver descrecionariamente*).

2) Carlos Maximiliano, a.a.O.: O Estado... decida, sem levar em conta a pessoa do proprietário.

3) E. Sodré, S. 87

4) Vgl. Abschnitt § j, Rz. 188 ff

der Notwendigkeit, bei der dem Staat ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der Wahl des Mittels offen gehalten wird, kommt das brasilianische Recht der Auffassung der deutschen Gerichte sehr nahe, wenn diese es ablehnen, enteignungsrechtliche Grundsätze wie den, daß eine Enteignung nur als ultima ratio zulässig sei, auch auf das Planungsverfahren auszudehnen.¹⁾ Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Festsetzungen etwa von Baulinien im Bebauungsplan nicht mit dem strengen Maßstab der ultima ratio messen und nicht nur dann als rechtmäßig ansehen will, wenn diese Feststellungen gegen den jeweils beschwerten Eigentümer zwingend erforderlich waren, so läßt diese Beschränkung der richterlichen Kontrolle dieselben Ermessensspielräume frei wie die erwähnte Unterscheidung im brasilianischen Recht, nach der die Wahl des Mittels zur Lösung der "necessidade" nicht zwingend zu sein braucht. Der Umstand, daß bei Planungsentscheidungen dem Interesse der Allgemeinheit regelmäßig nicht nur das eines einzelnen Bürgers entgegensteht, sondern zwischen verschiedenen Eingriffen in Rechte einer Vielzahl von Bürgern zu wählen ist, macht eine strenge Prüfung an Maßstäben der zwingenden Notwendigkeit ohnehin praktisch unmöglich.²⁾

68. Andererseits wird auch der Begriff der "utilidade", würde er im wörtlichen Sinn bloßer Zweckmäßigkeit oder nur des "öffentlichen Nutzens" verstanden, von Rechtsprechung und Lehre in Brasilien abgelehnt. Vielmehr wird nach einheitlicher Ansicht dieses Enteignungsmotiv durch Elemente eingeengt, die dem Begriff der "Notwendigkeit" entlehnt sind. Zwar genügt es zur Erfüllung der Voraussetzung "utilidade", daß es sich nur um e i n e Lösung des Problems handelt, das den Staat beschäftigt.³⁾ Nicht alles aber, was

1) BVerwG v. 30.4.1969 in NJW 1969, 1868 f

2) BVerwG a.a.O. und C. Maximiliano a.a.O.

3) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 428

dem Staat nützlich (util) ist, wird deshalb auch schon als ausreichendes Motiv der Enteignung angesehen. Eine formale Schranke wird der Verwaltung schon dadurch gesetzt, daß eine Enteignung nur aufgrund Gesetzes erfolgen kann¹⁾ und daß diese Enteignungsgesetze nur von der Union erlassen werden können. Die Staaten haben auch keine ergänzende Gesetzgebungskompetenz, wie dies die Verfassung von 1934 in Art. 5 vorsah.²⁾

69. Doch auch die Union kann nur im Rahmen der Verfassung Enteignungsgesetze erlassen. Die formale Kontrolle durch den Unionsgesetzgeber wird daher ergänzt durch die materiellen Schranken der Verfassung. So ist zum Beispiel anerkannt, daß eine Enteignung nicht zulässig ist, wenn ein anderes taugliches Mittel zur Lösung der öffentlichen Aufgabe zur Verfügung steht und der Vorteil der Enteignung lediglich finanzieller Art ist. Das schließt nicht aus, daß unter zwei Möglichkeiten, die Eingriffe in Privateigentum mit sich bringen, die für den Staat billigere Lösung gewählt wird.³⁾ Es ist Pflicht der Verwaltung, immer nach dem Weg zu suchen, der den Haushalt so wenig wie möglich belastet. Die letzte Entscheidung dürfte in der Abwägung der Zumutbarkeit zu suchen sein. Das bedeutet, daß die Verwaltung nicht enteignen darf, solange ihr ein anderer und sei es auch teurerer Weg zugemutet werden kann.

1) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 436

2) Art. 8, XVII, Ziffer f) und g) der Verfassung 1967 hob das Gesetzgebungsmonopol der Union ausdrücklich hervor; ebenso jetzt Art. 8 XVII f) und g) Verfassung 1969. Vgl. Pontes de Miranda, vol. 5, S. 384 - 385, 396 und 426. Anders im deutschen Recht, wo nach Art. 74 Ziffer 14 GG das Enteignungsrecht nur unter die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes fällt.

3) E. Sodré, S. 86/87. So gilt ja auch im deutschen Recht die Berücksichtigung finanzieller Interessen der Träger öffentlicher Verwaltung nicht mehr schlechthin als ermessensmißbräuchlich und damit rechtswidrig; vgl. BVerfGE 3, 11 und Wolff I § 31 II 2 m.w.N.

Eine Enteignung aus rein fiskalischen Gründen ist unzulässig und verfassungswidrig.¹⁾ Hier wird somit die "utilidade" durch ein Element der Notwendigkeit eingeschränkt, das auch im deutschen Recht anerkannt ist²⁾, und dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des geringsten Eingriffs entspricht.³⁾ Auch die Enteignung "zum öffentlichen Nutzen" muß in diesem Sinne notwendig sein.⁴⁾ Nur das kann enteignet werden, was im konkreten Fall notwendig ist. Deshalb muß die Enteignung auf einen Teil des Gutes beschränkt werden, wenn dieser zur Ausführung des öffentlichen Unternehmens genügt.⁵⁾

Diese gegenseitige Ergänzung der beiden Begriffe einer durch den anderen stellt sie der deutschen Wendung vom "Wohle der Allgemeinheit" sehr nahe. Wesentliche Unterschiede scheinen mir insoweit nicht greifbar. Hierbei mag die Kenntnis der deutschen Lehre, wie sie in der brasilianischen Literatur allenthalben anklingt, mitgewirkt haben. So wird denn auch in den Lehrbüchern und Kommentaren immer wieder ein gemeinsamer Oberbegriff für beide Ausdrücke gesucht, soweit nicht schon "utilidade" als die Formel für beide gilt.⁶⁾

1) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 429: "Nao há desapropriação porque o bem convenha à Fazenda Publica....", unter Berufung auf deutsche Literatur; ebenso E. Sodré, S. 40, der als Enteignungsgrund nicht den kaufmännischen Vorteil (interesse comercial) anerkennt, und S. 86 f. Vgl. für das französische Recht Buchmüller,

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 62, IV a mwN. S.45

3) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 417; vgl. auch § 15 OBG NW im deutschen Recht und insbesondere BVerwG vom 14.1. 1966 in BBau Bl. 1966, 412 f

4) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 410: "A desapropriação nao há de tirar ao titular o que não é necessário, ou mais do que é necessário... à finalidade estatal ou social." Vgl. auch S. 417 a.a.O.

5) C. Maximiliano, S. 110-111, unter Berufung auch auf die höchststrichterliche Rechtsprechung Argentinien und unter Ablehnung gegenteiliger Beispiele in Frankreich und Belgien aufgrund einfacher (verfassungsrechtlich dort nicht revisibler) Gesetze.

6) s.S. 61

70. Die brasilianischen Formeln von "utilidade" und "necessidade" sind freilich ebensowenig genau umrissene Begriffe wie das "Wohl der Allgemeinheit". Sie enthalten damit den als notwendig anerkannten Spielraum für Gesetzgeber und Verwaltung.

Die Erkenntnis, daß dieser Ermessensspielraum in der Verfassung dem Gesetzgeber und vor allem auch der Exekutive die für die Gestaltung der Zukunft der Gemeinden, der Staaten und der Union erforderliche Freiheit gibt, hat auf der anderen Seite gerade in jüngerer Zeit die Stimmen vermehrt, die eine umfassende Kontrolle der Enteignungspraxis durch die Gerichte verlangen. Die Entscheidung des Staates für eine Enteignung beinhaltet immer auch einen politischen Entschluß. Dies wird begründet mit der Ausweitung des Begriffes der "utilidade" und der Zunahme staatlicher Aufgaben, die mit Hilfe der Enteignung angegangen werden soll. Gegenüber der "Politisierung" der Enteignung vermag aber letztlich nur die Rechtsprechung die für den Schutz des Privateigentums erforderliche Kontrolle und Gleichheit vor dem Recht (Art. 153 §§ 1 und 4 der Verfassung von 1969) zu garantieren.¹⁾

von S. 60:

- 6) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 383 und 386/387, spricht allgemein von "interêsse público" oder "interêsse geral"; José Naufel, vol. 3, S. 372, faßt ebenfalls "necessidade e proveito" zusammen unter "utilidade pública" und führt in seinem Wörterbuch der Rechtssprache *necessidade pública* und *interêsse social* nicht selbständig auf (wohl unter dem Einfluß des Enteignungsgesetzes von 1942); ebenso auch Oliveira e Cruz, S. 45, meint, jede Enteignung müsse sich dem Motiv der "utilidade pública" einordnen lassen; Matos de Vasconcelos (ap. Naufel, vol. 2, S. 203-204) spricht allgemein von "interêsse da coletividade"; A. de Sampaio Doria, vol. 4, S. 639 f, spricht von "imperativo social"; vgl. auch E. Sodré, a.a.O.

1) So ausdrücklich G. Pinto Rodrigues (122), S. 29/30, der in der rechtsprechenden Gewalt "ein natürliches Korrektiv gegen reformistische Wellen" und politische Verirrungen im Hinblick auf Enteignungen sieht.

Die seit 1946 in der Verfassung Brasiliens verankerte Möglichkeit einer Enteignung aus "interêsse social" veranschaulicht dies Problem, zumal unter ihrem Vorzeichen sich die Stimmen mehren, die eine Enteignung auch ohne vollen Wertersatz als möglicherweise gerecht anzusehen bereit sind.

§ 4) DIE ENTEIGNUNG IM INTERESSE DER SOZIALORDNUNG
EINES LANDES - "interêsse social"

71. Von großer Bedeutung für die Entwicklung des Eigentumsrechts und seines Schutzes in Brasilien ist ein dritter Begriff, den erstmalig die Verfassung von 1946 neben die "necessidade pública" und die "utilidade pública" stellte. Nach langen Auseinandersetzungen in der verfassungsgebenden Versammlung¹⁾ wurde die Enteignung aus sozialem Interesse (por interêsse social) vorgesehen.²⁾
72. Die wörtliche Übersetzung des Enteignungsmotives mit "aus sozialem Interesse" gibt nicht den programmatischen Charakter der Klausel wieder, wie ihn seine Initiatoren beabsichtigten. Genauer, soweit dies bei einem so unbestimmten Gesetzesbegriff überhaupt möglich ist, will mir die Übersetzung mit "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" erscheinen. Doch der Versuch einer sinngemäßen Übertragung in unsere Sprache enthält notgedrungen schon eine Interpretation der Klausel. Zu ihrem Verständnis ist die Kenntnis der Vorgeschichte und der Diskussionen um diesen Enteignungsgrund unentbehrlich. Aufschlußreich ist ferner, welche Interpretation oder gar Anwendung die Formel seit ihrer Schaffung im September 1946 gefunden hat. Die Semantik der "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" gibt meiner Ansicht nach sehr genauen Aufschluß über die Probleme der Eigentumsgarantie im heutigen Brasilien. Im "Land der Gegensätze"³⁾ spiegeln sich die Gegensätze liberalistischer, konservativer Kreise und sozialreformerischer Ideen auch

1) Vgl. den Überblick bei José Duarte, Bd. 3, S. 36-50

2) Art. 141 § 16 der Verfassung von 1946

3) So der Titel eines der aufschlußreichsten Bücher über Brasilien von Roger Bastide: Brasil, Terra de Contrastes

in der Haltung zu diesem neuen Enteignungsmotiv der Verfassung.

Ausgangspunkt der Enteignung "por interêsse social" ist das gewandelte Verständnis vom Eigentum und seinen Funktionen. Während des 19. Jahrhunderts wurde es, wie wohl in allen Ländern der westlichen Hemisphäre, so auch in Brasilien, als ein nahezu absolutes Individualrecht verstanden, d.h. als ein Recht, das "von Natur aus" zunächst immer einer Person oder kleinen Personengruppe (Familie) zusteht.¹⁾

Vom römischen Recht übernommen entsprach die Formel vom Eigentum als dem "ius utendi, fruendi et abutendi" am ehesten dem herrschenden rechtlichen Individualismus und dem Gedankengut des politisch-ökonomischen Liberalismus, der sich in Brasilien mit der Unabhängigkeit vom portugiesischen Mutterland (1822) und unter dem Kaiserreich durchsetzte. Fast wörtlich wird diese liberale Umschreibung nach 1916 im Código Civil übernommen.²⁾ Dem stand auf der Seite des Staates das Bild von seinen bewahrenden Funktionen, vom "Estado immobilista" gegenüber.³⁾

73. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Recht, der Huig de Groot fordern ließ, daß im Falle einer Enteignung durch die regia potestas dem Enteigneten vollwertiger Ersatz zu leisten sei⁴⁾, wurde nicht dynamisch im Sinne sozialer Gerechtigkeit und Gleichheit für alle gedeutet, sondern nur defensiv gegen einen Staat, der vor allem das Eigentum und die private Initiative zu schützen hatte.⁵⁾

1) Vgl. für Brasilien: C. Medeiros Silva, Propriedade e bemestar social, in RDA 75, S. 1 f - 20; Barreto Filho in RDA 63, S. 30 f; Pontes de Miranda, S. 364

2) Art. 524 CC: "A lei assegura ao proprietário o direito de uzar, gozar e dispor de seus bens...."

3) Vgl. P.J. de Lima, S. 93

4) Hugo Grotius, De jure belli et pacis, III, cap. XX.

5) Samuel Puffendorf, De jure naturae et gentium, VII

Unter dem Einfluß des Naturrechts wird auch in Brasilien das Eigentum als unverletzliches Recht verstanden, das dem Staate vorgegeben ist. Er darf es nur aus dringender Notwendigkeit und bei gleichzeitigem Ersatz entziehen.¹⁾ Die klassische Formel des Eigentumsverständnisses war auch für Brasilien gut ein Jahrhundert lang der Artikel 17 der "Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen" vom 6. August 1789 :

"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité."

Von einer sozialen Funktion des Eigentums war nicht die Rede. Die Unterscheidung zwischen Eigentumsrecht und Eigentumsgebrauch, mit deren Hilfe Thomas von Aquin den Gebrauch dem Sittengesetz unterordnet und damit dem auch von ihm anerkannten ius utendi et abutendi die sittliche Pflicht zur Verwendung des privaten Eigentums zum Wohle des Nächsten entgegenstellt²⁾, fand keinen Niederschlag in der Rechtsordnung mehr.

74. Der "plena in res potestas", wie sie in der Menschenrechtsdeklaration der französischen Revolution ihre strenge Sicherung fand, entsprach auch die erste brasilianische Verfassung nach der Unabhängigkeit von 1822 :

"E garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude."

Die "einzige Ausnahme" dieser absoluten Garantie wird streng begrenzt :

Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei

1) Jean Bodin, Les Six Livres de la République, Bd.1; vgl. Pontes de Miranda, Bd. V, S. 364 ff m.w.N. und de Lima, a.a.O., S. 80 ff.

2) Vgl. O.Klug, S.40 ff, 43 und F. Klüber, S. 17 ff., Höffner, Eigentum, S. 34, und Charbonneau, S. 306 ff.

marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização." 1)

Weder die Möglichkeit, durch Gesetz den Gebrauch des Eigentums zu beschränken oder gar den Inhalt des Eigentumsrechts umschreiben zu wollen, noch die soziale Dimension des Gebrauchs durch seinen Inhaber fanden irgendeinen Anklang.

75. Noch kategorischer als die Verfassung von 1824 war das königliche Dekret vom 21. Mai 1821, in dem der letzte portugiesische Herrscher über Brasilien bestimmte, daß

"niemandem irgendetwas gegen den Willen des Besitzers oder Eigentümers weggenommen werden darf, was auch immer der notwendige Bedarf (necessidade) des Staates sein mag, ohne daß zuvor, nach allseitiger Vereinbarung, der Preis bestimmt wird, den die Staatskasse (Fazenda Real) im Augenblick der Übergabe wird zu zahlen haben." 2)

Während unter dem Einfluß des Individualismus die Enteignung scheinbar statisch als Ausnahme vom absoluten Eigentumsrecht nur ein notwendiges Übel bleibt, ändert sich später jedoch der Aufgabenbereich des Staates. Je mehr ihm aufgebürdet wird, je mehr er an Pflichten und Zuständigkeiten übernimmt, desto größer wird auch sein Bedarf an Hilfsmitteln. Dem entspricht zunächst eine Ausweitung des Begriffs der "utilidade pública": Muß der Staat zum Wohle der Allgemeinheit mehr und mehr Aufgaben erfüllen, so mehren sich naturgemäß auch die Fälle, in denen er zum Nutzen der Allgemeinheit (utilidade) enteignen muß. Der Übergang von bewhrender Tätigkeit zum dynamischen Eingriff in die wirtschaftliche und soziale Entwicklung führt so zu einer Ausweitung des Begriffs der utilidade pública schon im 19. Jahrhundert und mehr noch

1) Art. 179, XXII der Verfassung von 1824

2) Vgl. den Text im Anhang und C. Maximiliano, Bd. 3, S. 101

seit dem ersten Weltkrieg.¹⁾

76. Schon der Übergang von der strengen Formel der "Notwendigkeit" in der Menschenrechtsdeklaration Frankreichs von 1789 zur "utilité" des Code Napoléon von 1804 ist auch der brasilianischen Rechtslehre mit Recht als Konsequenz der Ausweitung staatlicher Aufgaben bewußt.²⁾ Das neue Konzept der Enteignung "por interêsse social" ist eine Weiterentwicklung auf diesem Wege von der "Notwendigkeit" zur "Nützlichkeit" im Sinne einer Ausweitung der letzteren. Einige Autoren sehen daher das "interêsse social" im Begriff der "utilidade pública" schon enthalten.³⁾ So wurde die Ansicht vertreten, die neue Formel habe keinen anderen praktischen Zweck verfolgt, als die Fälle der utilidade pública zu vermehren und auszufüllen.⁴⁾ Ohne hier auf diese Ansicht einzugehen, sei zunächst festgehalten, daß eine weite Auslegung der "utilidade" dem neuen Begriff zumindest den Weg bereitet hat.

In engem Zusammenhang mit dieser Entwicklung steht, sucht

-
- 1) P.J. de Lima, S. 87 und S. 21 f
D. de Almeida Magelhaes bezeichnet den Begriff der utilidade, eben wegen der inhaltlichen Ausweitung ohne genaue Begrenzung, schon als "Übertreibung" (demasia), S. 197.
 - 2) I.M. da Silva, "Despropriação por Utilidade Social", in RDA (1965), 82, S. 1 f, 4
 - 3) So schon in der verfassungsgebenden Versammlung Mario Masagão, zitiert nach A. de Sampaio Dória, der seinerseits eine Unterscheidung für Sophismus hält; s. auch Carlos Maximiliano, Bd. 3, S. 102, der den Unterschied "minimal" nennt. Genau aus diesem Grunde wurde in der die Verfassung ausarbeitenden Kommission zunächst die Formel "por interêsse social" abgelehnt. Der Initiator der neuen Formel, Ferreira de Souza, konnte nach der Abstimmung daher feststellen: "Mein Vorschlag wurde aus formalen Gesichtspunkten abgelehnt. Ich interpretiere daher die ablehnende Abstimmung dahin, daß die utilidade pública die Fälle der utilidade social umfaßt. Das ist das Ziel meines Vorschlags." (Zitiert nach José Duarte, Bd. 3, S. 49/50)
Erst die verfassungsgebende Versammlung führte sie aus politischen Gründen wieder ein. Vgl. Almeida Magelhaes, (Fortsetzung s.S. 68)

77 man nach den Quellen des neuen Enteignungsmotives, ein wachsendes Bewußtsein von der sozialen Funktion des Eigentums. Die Enteignung "por interêsse social" ist gerade aus dieser Lehre gewachsen, die dem Eigentumsrecht eine doppelte Funktion zum Nutzen des Rechtsinhabers wie auch zum Wohle der Allgemeinheit zuerkennt.¹⁾ Daß es sich hierbei nicht um eine Neuentdeckung handelt, sondern um das Bewußtwerden einer in der Lehre der katholischen Kirche schon durch Thomas von Aquin hervorgehobenen Dimension des Eigentumsrechts, die unter rationalistischem, liberal-individualistischem Einfluß lange vernachlässigt worden war, wird von den brasilianischen Autoren immer wieder hervorgehoben.²⁾ Unverkennbar steht hinter dieser Entwicklung, wie wohl überhaupt in Lateinamerika, das Problem einer Agrarreform. In allen Diskussionen um das Eigentumsrecht spielt in Brasilien immer auch der ländliche Grundbesitz, vor allem der Großgrundbesitz (latifúndio) eine zentrale Rolle. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, den Problemkreis umfassend zu erörtern. Auf einige der hiermit im Zusammenhang stehenden Fragen wird unten anläßlich der Erörterung der Höhe der Entschädigung einzugehen sein.³⁾

Hier mag der Hinweis genügen, daß in weiten Teilen der brasilianischen Staaten der Großgrundbesitz sehr extensiv genutzt wird. Der ungeheure Reichtum des Landes an bestellbarem Land und das Vorherrschen wenig differenzierter Kulturen einerseits und die Weite des Landes mit den entspre-

S. 197 und I.M. da Silva in RDA 1965, S. 15

4) Barreto Filho in RdT 295 (1960), S. 28

1) Carlos Medeiros Silva, RDA 29, S. 5; Prado Kelly, RDA 7, S. 9; P.J.de Lima, S. 96 ff und 114 ff; I.M. da Silva, RDA 82, S. 14 ff und 6 ff

2) I.M. da Silva, RDA 82, S. 11 ff; ders., Lehrbuch, S. 333 und 363; Charbonneau, a.a.O.; Darcy Bessone, RF 203 (1963), S. 8, der übrigens dort auch Goethes "Faust II" zitiert; vgl. auch C.Medeiros Silva, RF 205, S. 14

3) Vgl. unten Rz. 135 ff

chenden Erschließungs- und Transportschwierigkeiten andererseits haben dazu geführt, daß mit dem Land spekulativ schnelle Gewinne gesucht wurden, der Boden mit nur einer Frucht genutzt wurde und man das Land einfach liegen ließ, wenn es ausgelaugt war und an anderer Stelle auf neuem, jungfräulichem Boden schnellere Gewinne zu erzielen waren als durch Fruchtwechsel und Amelioration auf bisherigem Besitz. Die Wanderung des Kaffeeanbaus von den Staaten Espírito Santo und Minas Gerais nach Süden in den Staat São Paulo, wo er noch vor einer Generation dominierte und die Produktion der anderen Staaten weit übertraf, und der heute schon im Staat Paraná reichere Frucht trägt als in São Paulo, ist ein typisches Beispiel.¹⁾

Inzwischen hat der Anbau mit dem Erwerb von Ländereien in Paraguay durch Farmer aus São Paulo und Paraná die Grenzen der Union überschritten. Für den Zuckeranbau läßt sich eine ähnliche Wanderbewegung feststellen.²⁾ Der ausgelaugte Boden bleibt liegen, eine Amelioration ist vielfach nicht lukrativ genug, und der Eigentümer wartet auf neue Märkte, Subventionen für andere Anbauprodukte oder schlechthin aus Desinteresse. In vielen Fällen wird noch einmal ein Anbau mit dem versucht, was der Boden noch hergibt; die schnell wachsenden Eukalyptuswälder sind dann, da sie den Boden vollends entkräften und anderen Bewuchs vernichten, die Vorstufe der Verödung nach einem letzten leichten Gewinn mit dem verkauften Holz. Selbst in dem stark erschlossenen Staat São Paulo lassen sich hierfür überall Beispiele finden.

79. An dieser Stelle setzt die Kritik am Großgrundbesitz ein. Vor allem der Boden, so wird gesagt, habe eine soziale Funktion. Der Eigentümer, der das Land liegen lasse, nach-

1) Vgl. "Brásil 1964", S. 310, wo das Verhältnis der Produktion von São Paulo und Paraná schon mit 2 : 3 angegeben wird.

2) Vgl. Monbeig, S. 37 ff

dem er es schlicht ausgebeutet habe, sei es, weil er Investitionen um schnellerer Gewinne an anderer Stelle wegen scheut, sei es aus rein spekulativen Momenten, mißbrauche seinen Besitz und vernachlässige die ihm durch das Eigentum übertragene soziale Aufgabe, einen Anbau zum Nutzen des sozialen Ganzen, des Wohls der Allgemeinheit auch dann zu fördern, wenn er einmal nicht schnellen Gewinn verspreche.

Ähnliche Kritik trifft auch den spekulativen Erwerber von Neuland, der sich das zunächst billige Land zum Nachteil derer, die auch diese geringen Mittel nicht aufwenden können, sichert, um auf die spätere Erschließung des Landesteils durch den Staat zu warten, statt selbst hohe zusätzliche Investitionen zu machen, um den zukünftigen Wert - etwa durch den Bau von Erschließungsstraßen - selbst zu erarbeiten.¹⁾

Daß in diesen Fragen der eigentliche Grund des neuen Konzepts einer "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" zu sehen ist, macht die Rede des Initiators der Klausel, des damaligen Senators Professor Ferreira de Souza, bei der Begründung seines Vorschlags in der 30. Sitzung der Verfassungskommission am 1. Mai 1946 deutlich, die hier auszugsweise wiedergegeben werden soll:

"Die Unterkommission hat, als sie das Eigentumsrecht sozusagen definierte, dies in den klassischen Formulierungen der vorhergegangenen Verfassungen getan: Das Eigentumsrecht bleibt in seinem vollen Umfang (em sua plenitude) aufrechterhalten. Wenn es jedoch einen Begriff gibt, der in der jüngsten Vergangenheit gewissen Änderungen unterlag, die von all denen, die sich um die Probleme der sozialen Gerechtigkeit kümmern, anerkannt werden, so ist es der des Eigentums. Wir leben nicht mehr in den alten

1) Diese eigene Initiative ist wohl der Hauptgrund, weshalb die durch europäische Siedlungsgesellschaften in Verbindung mit dem Staat erschlossenen Gebiete z.B. in Paraná diversifizierter und stabiler erschlossen wurden als in weniger organisch okkupierten Landesteilen. Vgl. hierzu Schauff, Rolândia.

Zeiten des bürgerlichen Eigentums noch in jenen, die es als das Recht definierten, jede beliebige Sache zu gebrauchen, ihre Früchte zu genießen oder auch sie zu mißbrauchen. Die Zeiten sind vorbei, die Epoche, in der das Eigentum als ein individuelles Attribut angesehen wurde, bestimmt zur Befriedigung unindividueller Vergnügen oder Notwendigkeiten. Heute sind sich Soziologen und Juristen einig, daß das Eigentum, wenn es nicht eine soziale Notwendigkeit ist, zumindest diese Funktion hat. Nähme es auf diese soziale Eigenschaft nicht Rücksicht, so würde es ein nahezu nicht mehr zu rechtfertigendes Institut. Aus diesem Grunde vermied ich in meinem Änderungsvorschlag den (bisherigen) Ausdruck "in seinem vollen Umfang" (ergänze: wird das Eigentum garantiert), der nur unter dem vorhergehenden Regime des absoluten Eigentums verständlich wäre. Andererseits ließ der Gegenvorschlag der ehrenwerten Unterkommission (der Verfassungskommission) nur zwei Fälle der Enteignung zu, die ich ebenfalls als klassisch bezeichnen möchte: die Enteignung aus öffentlicher Notwendigkeit und zum öffentlichen Nutzen... Die Wendungen *necessidade* und *utilidade pública* sind den Herren Repräsentanten vollauf bekannt und im Rechtswesen absolut unveränderlich (*absolutamente inalteraveis*). Von öffentlicher Notwendigkeit wird gesprochen, wenn die Enteignung auf die Möglichkeit irgendeiner öffentlichen Dienstleistung abzielt, einen Dienst des Staates, einen Nutzen des Staates oder einen Nutzen, dessen der Staat sich zum Wohl der Individuen annimmt. Diese Beschränkungen, die unter der vorhergehenden Rechtsordnung vollauf verständlich waren, können nicht mehr das Monopol des Enteignungsinstituts beanspruchen. Wir müssen außerdem die Möglichkeit einer Enteignung schaffen, die weder in der Notwendigkeit des Staates als solchem, in seiner Eigenschaft leitendes Organ der Gesellschaft schlechthin, noch im öffentlichen Nutzen besteht, also für irgendeine Dienstleistung des Staates. Vielmehr müssen wir die Enteignung für alle die Fälle ermöglichen, in denen sie für die soziale Ordnung, für das soziale Leben (*vida*, bei Mascarenhas irrtümlich "*vista*") notwendig ist.

Wir wollen zwei Beispiele nennen: In der rein individualistischen Gesellschaft, die das Eigentum als ein absolutes Recht versteht, ist das Eigentum (auch) an Gütern zulässig, die nicht produzieren und vom Staat selbst oder durch die gemeinsame Arbeit aller (*trabalho coletivo*) eine Wertsteigerung erhalten. Es ist klar, daß dieses unproduktive Eigentum, das der Eigentümer nicht ausbeutet in dem Sinne, daß er es in einen Nutzen für alle verwandelt und Reichtum für die Allgemeinheit schafft, für die Gesellschaft eine

Belastung ist. Der Eigentümer hat zu seinem Vorteil den Schutz, den Gesetz und (staatliche) Autorität gewähren, erhält die Folgen der Bereicherung, die aus der Arbeit aller und sogar aus der Tätigkeit des Staates resultiert, und gibt ihm zum Ausgleich für dieses Recht nichts. Es muß für den Staat in speziellen Fällen möglich sein, dies Eigentum zu enteignen, um es in einen Nutzen für alle zu verwandeln, einen sozialen Reichtum, sei es, daß er das Eigentum aufteilt unter denen, die vorhaben, es zu kultivieren, sei es zu einem anderen Zweck der gemeinschaftlichen Ordnung. Das sind die Gründe...." 1)

Die Übersetzung dieses Votums ist bewußt wörtlich gehalten. Sie wahrt damit den vagen und ungenauen Charakter der Formulierungen des Originals. Deutlich ist der Anklang des agrarreformerischen Motivs im Hinblick auf den unbenutzten oder schlecht bestellten Großgrundbesitz. Ausgangspunkt der neuen Enteignungsformel ist somit das Bedürfnis, die Sozialfunktion des Eigentums stärker hervorzuheben.²⁾

Auf den politischen Hintergrund wird zurückzukommen sein.

80. Bei der begrifflichen Deutung des neuen Enteignungsgrundes ist hier festzuhalten, daß de Souza die Semantik der bisherigen Begriffe falsch darstellt. Die Behauptung, daß *necessidade* und *utilidade* "absolut unveränderlich" seien, ist historisch unrichtig³⁾ und verkennt die Weite zumindest des letzteren Begriffs.

Hier setzten schon in der Verfassungskommission die Kritiken an. Es wurde dargelegt, daß die von Ferreira de Souza angedeutete Enteignungsmöglichkeit schon im Begriff

1) Anais da Comissão da Constituição, Bd. 3, S. 116-117 und Diário da Assembleia vom 3. Mai 1946, S. 1435; vgl. auch José Duarte, Bd. 3, S. 37/38

2) Barreto Filho RDA 63, S. 30 f, Rz. 2

3) Vgl. oben Rz. 67 ff

der utilidade pública enthalten ist.¹⁾ Dies sei schon deshalb der Fall, weil die Verfassung, wie schon die von 1934, die Sozialfunktion des Eigentums betone, indem sie den Gebrauch des Eigentums unter Verletzung des sozialen Interesses verbiete.²⁾

Gegen die Notwendigkeit eines neuen Enteignungsgrundes sprach auch der weitere Zusammenhang der Verfassung, vor allem der Art. 147 der Verfassung von 1946, der unter Hinweis auf Artikel 141 § 16 eine Enteignung mit dem Ziel der gerechten Verteilung des Eigentums ausdrücklich vorsah.³⁾ Kritik wurde vor allem auch aus der Sicht späterer Rechtsanwendung gemacht. Der Jurist gehe, so wurde eingewandt, von dem Prinzip aus, daß die Verfassung keine unnützen Formulierungen enthalte. Wenn nun aber eine neue Klausel eingeführt werde, so müsse die spätere Auslegung die Konsequenzen ziehen und prüfen, ob sie sozialreformerische Maßnahmen auch jenseits des Nutzens der Allgemeinheit (utilidade pública) ermögliche.⁴⁾ Daß es in der Debatte vor allem um die Agrarreform ging, betonten auch andere Kommissionsmitglieder.⁵⁾

81. Der Wunsch nach Klarheit der Verfassungsnorm, die durch die neue Klausel unnötig beeinträchtigt werde, begründete

1) Mário Masagão, a.a.O., S. 38/39; ebenso S. Fagundes, S. 21 und Barreto Filho a.a.O., Rz. 13

2) Vgl. Art. 113, XVII der Verfassung 1934, die sich insoweit am Vorbild der Weimarer Verfassung ausrichtete, Yara Muller Leite, S. 10. Die Verfassung der Vargas-Diktatur von 1937 hielt diese Formel von der Sozialfunktion wieder für überflüssig, Art. 122, XIV; vgl. de Lima, S. 115

3) Vgl. Mário Masagão in der Debatte a.a.O. a.M. offenbar Carlos Medeiros Silva (58), S. 35, Ziff. 71, der die neue Formel für ein völlig neues Instrument sozialer und wirtschaftlicher Neuordnung hält.

4) Almeida Magalhães, Problemas Nacionais, S. 198

5) Prado Kelly, Artur Bernardes und andere in den Anais de Comissão de Constituição (1946), Bd. 3, S. 116 f

man auch mit dem Hinweis auf den Bedarf Brasiliens nach ausländischem Kapital. Investitionen durch das Ausland setzen, so wurde in der Debatte hervorgehoben, das Vertrauen in den Rechtsschutz für diese Kapitalanlagen voraus.¹⁾ Aus diesen Gründen wurde die neue Formel abgelehnt und darauf hingewiesen, daß sie im Begriff der utilidade pública nach dem Verständnis der Mehrheit der Kommission enthalten sei.²⁾

Die verfassungsgebende Versammlung aber hatte anschließend weniger begriffliche und dogmatische Bedenken. In ihr siegten die Politik der Reform und das Bedürfnis der Abgeordneten, sich modernen Programmen gegenüber aufgeschlossen zu zeigen. Der modernistische Anschein dürfte mit bewirkt haben, daß auch das durch die Aprilrevolution von 1964 an die Macht gelangte Militärregime an dieser Formel festhielt, obwohl gerade der Versuch der vorherigen, gewählten Regierung erstmals im großen Rahmen von der neuen Klausel Gebrauch zu machen und Grundbesitz aus latifúndios zu enteignen oder spekulativen Grunderwerb entlang der neuen Fernstraßentrassen im Interior zu annullieren, einer der Gründe für ihren Sturz gewesen sein dürfte.³⁾

82. Die Formel von der Enteignung "por interêsse social" hat in der Literatur zu heftigen Auseinandersetzungen geführt. Dabei sind im wesentlichen die Argumente der oben erwähnten parlamentarischen Debatten aufgegriffen und wiederholt worden.⁴⁾ Von schroffer Ablehnung, die von der "Illusion der Reform durch ein Gesetz" spricht⁵⁾, gehen die Meinun-

1) Souza Costa, bei José Duarte, Bd. 3, S. 42 und Arruda Camara, ebd., S. 46

2) José Duarte, Bd. 3, S. 49

3) Vgl. das Interview mit dem gestürzten Präsidenten im "Handelsblatt" vom 18. April 1964

4) Vgl. Rz. 79 - 81

5) A. Magalhaes, S. 194

gen bis zur begeisterten Zustimmung zu der endlich gefundenen Möglichkeit, das Land sozial zu sanieren.¹⁾ Die Hitze der Auseinandersetzung ist angesichts der schier unlöslichen sozialen Probleme des Landes mehr als verständlich. Heute überwiegt in den Stellungnahmen der Literatur die Überzeugung, daß die Enteignung aus sozialem Interesse ein rechtmäßiges Mittel sozialer Reformen durch den Staat ist.²⁾ Geht man davon aus, daß der Sinn der Formel die Schaffung eines gesteigerten Bewußtseins der sozialen Dimension des Eigentums war, so hat der Verfassungsgeber dies, was die brasilianischen Juristen betrifft, sicherlich erreicht.

83. Aus diesem Grunde scheint mir die Übersetzung mit "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" gerechtfertigt. Der programmatische Charakter der Klausel hat sich durchgesetzt, und der Streit um begriffliche Klarheit ist in den Hintergrund getreten. Zahlreiche Autoren betonen, daß eine theoretische Abgrenzung der Enteignung por interesse social von der aus utilidade pública letztlich nicht möglich ist.³⁾ Auch im Parlament wurden später Gesetzesvorlagen eingereicht, die davon ausgingen, daß der Begriff der utilidade wie der des bem comum weit genug seien, um das interesse social zu umfassen. So legte João Mendes ein Projekt zur Neufassung des Enteignungsgesetzes vor, das

-
- 1) L. Gonzaga do Nascimento Silva in RDA 64, 298; C. Medeiros Silva in Carta Mensal 99 des CNC (1963) S.6; derselbe in RDA 29, S. 1 f und 14, sowie in RF 204 (1963), S. 5 f; J. de Lima, S. 138, der dies Motiv dem der necessidade nahebringt, wenn er die Natur der Sozialprobleme (S. 140) als einen "status necessitatis" bezeichnet.
- 2) Ildefonso Mascarenhas da Silva in RDA 82 (1965), S.1 ff; C. Maximiliano, S. 102; J. de Lima, S. 138; Raposo, S. 56 ff; João Mendes in Diário do Congresso Nacional vom 10.6.1950, S. 4.423 ff
- 3) Seabra Fagundes, zitiert nach A. Magalhães, S.197/198; Barreto Filho, Desapropriação por Interesse Social, in RDA 63 (1960) S. 30 ff und R dos T 295 (1960) S. 20 ff; Gendin bei J. de Lima, S. 103; C. Maximiliano, S. 102

das Sozialinteresse unter das weite Motiv der utilidade einbezog.¹⁾

84. Freilich dauerte es fast 16 Jahre, bis eine Regierung es wagte, aus diesem Programm der Verfassung Konsequenzen zu ziehen und neben das Enteignungsgesetz von 1941, das die Fälle der necessidade und utilidade pública unter dem letzteren Begriff als gemeinsamer Klammer regelt, nun auch ein Ausführungsgesetz über die Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes zu stellen.²⁾ Zuvor waren unzählige Gesetzesvorlagen im Kongreß gescheitert, darunter sowohl Texte, die die Fälle des intérêt social zu definieren suchten, als auch solche, die es unternahmen, eine Agrarreform auf dem Wege über Enteignungsgesetze in Gang zu bringen.³⁾

85. Bevor hier auf den Inhalt des Gesetzes von 1962 und auf den heutigen Gehalt des Begriffes vom "intérêt social" eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, noch eine andere Bestimmung der Verfassung von 1946 zu erwähnen. In Art. 147 hieß es dort wörtlich:

Art. 147. O uso da propriedade será condicionado no bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos."⁴⁾

Mit dieser Formulierung blieb der Verfassungsgeber hinter dem Vorschlag der Verfassungskommission zurück, die nicht

1) Joao Mendes a.a.O.

2) Gesetz No. 4.132 vom 10. September 1962

3) Vgl. die 19 Vorlagen bei Mascarenhas da Silva, a.a.O. S. 24 - 26

4) "Der Gebrauch des Eigentums ist den Bedingungen des gesellschaftlichen Wohls unterworfen. Das Gesetz kann, unter Beachtung der Vorschrift des art. 141 § 16, die gerechte Verteilung des Eigentums fördern bei Wahrung gleicher Chancen für alle."

nur den Gebrauch (uso) des Eigentums, sondern das Eigentumsrecht selbst den Bedingungen des sozialen Gemeininteresses unterstellte.¹⁾ Immerhin aber setzt sich in dieser Verfassungsnorm wieder die Lehre von der Sozialfunktion des Eigentums durch, wie sie schon in der Verfassung von 1934 ihren Niederschlag gefunden hatte.²⁾ Damit wiederholte die Verfassung von 1946 und, wie noch zu zeigen sein wird, auch die von 1967 und 1969 fast wörtlich den Text der Weimarer Verfassung von 1919, die in Art. 153 Absatz 3 betont:

"Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste."³⁾

Die Bedeutung dieser Bestimmung der Weimarer Verfassung für die Verfassungen Brasiliens wird in der brasilianischen Literatur allenthalben hervorgehoben.⁴⁾

86. Der Gedanke von der Sozialfunktion des Eigentums war der Ausgangspunkt des neuen Enteignungsmodus⁵⁾ in der Verfassung von 1946. Vor ihr hatten auch die Verfassungen Portugals⁶⁾ und Polens⁷⁾ die Sozialfunktion des Eigentums betont. Und die Verfassungen Kubas von 1940 und Spaniens von 1945 hatten beide das "interêsse social" als Enteignungs-

1) José Duarte, Bd. 3, S. 125 - 126; de Lima, S. 118

2) Art. 113, 17 V.1934; vgl. den Text im Anhang, S. XXV

3) Zum Einfluß der Lehre von der Sozialfunktion des Eigentums auf die deutschen Verfassungen, vgl. U. Scheuner, Die Garantie des Eigentums in der Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte, S. 26 f und S. 31 f. Vgl. auch art. 155 WV, der dem Mißbrauch des Grundeigentums entgegentritt.

4) L. Pinto Ferreira, Bd. 1, S. 127 f; P.J. de Lima, S. 114; vgl. auch S. 104, wo er hervorhebt, daß die Enteignung por interêsse social schon in der WV vorgesehen sei durch die Art. 153, 155, sowie die S. 65, 150; W.M. Ferreira, História, S. 170; vgl. auch Pontes de Miranda, Bd. 5, S. 383

5) C. Medeiros Silva, a.a.O., S.5; Barreto Filho a.a.O.

6) Art. 35 der Verfassung von 1933: "A propriedade, o capital e o trabalho obsempenham uma função social,..."

7) (s.S. 78)

motive neben die "utilidad publica" gestellt. Das spanische Grundgesetz ("El Fuero de los Espanoles") hatte feierlich die sozialen Implikationen des Eigentums betont.¹⁾

- Wie erwähnt, gelang erst 1962 ein Gesetz, das Fälle der
87. Enteignung im Interesse der Sozialordnung aufzählte und ihre Anwendung regelte. Es wiederholt zunächst die Formel des Art. 147 der Verfassung von 1946 und nennt die Ziele: die gerechte Verteilung des Eigentums und die Regelung eines sozialgerechten Gebrauchs desselben, Art. 1. Die Enteignung erfolgt zum Zwecke der Aufteilung des Grundbesitzes und seiner Weiterveräußerung oder Verpachtung an sozial Schwächere, Art. 4.
88. Als Fälle des interese social werden im wesentlichen genannt: Die mangelhafte Nutzung des Grundeigentums durch den bisherigen Besitzer, wenn deshalb die in der Region durchschnittliche Produktivität nicht erreicht wird; die Einrichtung und Erweiterung von Kulturen in Gegenden, in denen staatliche Anbaupläne nicht eingehalten oder unzureichend befolgt werden; die Errichtung oder Unterhaltung von neuen Siedlungen (colônias) oder landwirtschaftlichen Kooperativen; die Erhaltung des Besitzes in städtischen Zonen, in denen der Eigentümer ausdrücklich oder stillschweigend die Ansiedlung geduldet hat und die Besitzer ihre Behausung errichtet haben, wenn diese Siedlungen mehr

v.S. 77:

- 7) Art. 30 der Verfassung von 1936: "Das Eigentum hat als eine soziale Funktion Verpflichtungen zur Folge....."

-
- 1) Art. 30: "La propiedad privada, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la Nación y al bien comun. La riqueza no podrá permanecer inactiva..."

Art. 32: "Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad publica o "interés social", previa la correspondiente indemnización y..."

als zehn Familien beherbergen; die Errichtung von Sozialwohnungen; die Nutzung von bislang unerschlossenem Gelände und Wasser zum Bau von Erschließungsanlagen aller Art (Häfen, Transportwege, Elektrifizierung, Wasserreservoirs) und schließlich Natur- und Landschaftsschutz.¹⁾ Das Gesetz wurde mit seinen recht vagen Formulierungen in der Folgezeit als unzureichend angesehen. Auch stieg die Kritik im Rahmen der Diskussion um die Agrarreform. Vor allem nach dem Sturz der Regierung Goulart setzte sich die Auffassung durch, daß eine Agrarreform nur zu neuem Elend und einer Verschlechterung der Produktionsverhältnisse führen muß, wenn lediglich das Land neu verteilt wird, ohne daß zugleich den neuen Besitzern umfangreiche Kredite für Modernisierung und Amelioration zur Verfügung gestellt werden und vor allem die vielerorts völlig unzureichende Infrastruktur verbessert wird. Die Tatsache, daß Brasilien vielfach Weizen auf dem Seeweg billiger einführen als von einer Region des Landes in eine andere transportieren kann, ist insoweit nur eines von zahlreichen Beispielen. Bei so umfangreicher und tiefgreifender Neuordnung war abzusehen, daß es die Kraft des Staates übersteigen würde, wenn alles zugleich finanziert werden sollte. Damit war die Suche nach einem Zahlungsaufschub zwingend. Die Entschädigung durch Staatsanleihen war aber nur mittels einer Verfassungsänderung durchsetzbar.²⁾

Ein umfangreiches Gesetzeswerk unternahm es nach dem Machtwechsel im Jahre 1964, die Enteignung aus "interesse social" eingehender zu regeln und diese Maßnahmen in den organischen Rahmen zahlreicher weiterer Schritte zur Agrarreform

1) Vgl. Art.2 des Gesetzes im Anhang. Ein weitergehendes Projekt (Projekt No.152 von 1963 wurde durch den Rechtsausschuß des Nationalkongresses als verfassungswidrig verworfen, vgl. Mascarenhas da Silva, S. 27). Zu den Einzelheiten siehe Raposo, S. 124 ff und 141

2) Vgl. die Rede des Generalbundesanwalts vom Juni 1963 in der Carta Mensal No. 99 der CNC, S. 7

einzuordnen: Die Regierung Castelo Branco erließ am 30.11. 1964 das sogenannte Bodenstatut (Estatuto da Terra).¹⁾

Da es unter anderem die Entschädigung durch staatliche Anleihen vorsieht, war eine Verfassungsänderung erforderlich. Sie ging deshalb mit der Emenda No. 10 vom 9. November 1964 voraus, durch die der Art. 141 V.1946 entsprechend neu gefaßt wurde.

91. Die Emenda Constitucional No. 10 fügte im übrigen dem Art. 147 V.1946 sechs Paragraphen an, durch die die Enteignung por "interêsse social" definiert und verfassungsrechtlich erläutert wurde.²⁾ Danach kann nur die Union zum Zwecke der sozialen Neuordnung landwirtschaftliches Eigentum enteignen gegen vorherige und gerechte Entschädigung durch öffentliche Schuldtitel mit einer Laufdauer von höchstens zwanzig Jahren. Auf einige Besonderheiten wird im Zusammenhang mit der Entschädigung einzugehen sein. Voraussetzung des Eingriffes ist vor allem, daß es sich um Grundbesitz handelt (latifúndio, § 4), der als solcher gesetzlich normiert und bestimmt sein muß, und daß dieses Land in sozialwidriger Form genutzt wird. Was als sozialwidrig anzusehen ist, muß gesetzlich normiert sein (§ 3). Die Ausführung der Agrarreformpläne ist, soweit enteignet werden soll, besonderen Kollegialorganen vorbehalten, die unter Mitwirkung des Bundessenats vom Präsidenten ernannt werden und nur aus erfahrenen Brazilianern bestehen dürfen (§ 5).

- Diese Voraussetzungen sind noch heute Bestandteil der
92. Verfassung. Sie wurden sowohl in die Texte von 1967 als auch den von 1969 eingearbeitet.³⁾ Lediglich die Kollegial-

1) Gesetz No. 4.504; vgl. die Auszüge im Anhang, S. XIX

2) Vgl. den Text im Anhang, S. XXVI - XXVII

3) Vgl. Art. 157 V.1967 im Anhang, S. XVIII - XIX und Art. 160 V.1969 im Anhang, S. III - IV

organe werden nicht mehr in den neuen Texten erwähnt. Stattdessen gibt jetzt der Estatuto da Terra eine minutiöse Regelung zu Höhe und Feststellung der Entschädigungssumme.

93. Das Bodenstatut betont wiederholt die Sozialfunktion des Eigentums.¹⁾ Es definiert in Art. 2, wann das Eigentum am Grund und Boden seine Sozialfunktion erfüllt. Danach hat es vor allem dem Wohl der Eigentümer und Arbeiter, die auf ihm arbeiten, und ihren Familien zu dienen, ein zufriedenstellendes Produktivitätsniveau zu wahren und natürlichen Reichtum zu erhalten (kein Raubbau, Ameliorationspflicht nach Nutzung). Ferner hat der Eigentümer die Gesetze zu beachten, die die Rechte seiner Arbeiter oder die Rechte zwischen Besitzer und Besteller regeln. Das Bodenstatut bezweckt darüber hinaus den Zugang breiterer Massen zum Bodeneigentum durch Verteilung und Neuverteilung. Diesem Zweck soll die Enteignung por interêssos sociais dienen, Art. 17 EdT.
94. Art. 18 EdT definiert die Ziele dieser Enteignungsmodalität. So soll sie insbesondere die Nutzung des Bodens gemäß seiner Sozialfunktion fördern, eine gerechte und wirtschaftlich angemessene Verteilung des Bodeneigentums ermöglichen, die rationale Nutzung des Bodens erzwingen, die soziale und wirtschaftliche Erholung ganzer Regionen gestatten, die neue Erschließung fördern und die Elektrifizierung und Industrialisierung in bislang rein landwirtschaftlichen Zonen fördern. Zur Durchführung der Enteignungen im Sinne des Bodenstatuts ist das Brasilianische Institut für Agrarreform (IBRA) ermächtigt, Art. 20. Grundlage der Enteignungen sind staatliche Pläne zur Bodenreform, die den Erfordernissen des Art. 160 V.1969 entsprechen müssen. Entsprechende Rahmenpläne bedürfen der Billigung durch den Präsidenten der Republik (declaração

1) So u.a. Art. 2 Abs. 1 und § 1, § 2 b), Art. 18 a)

de zonas prioritárias). Die Ausführungsvorschriften erlassen besondere Organe der Ausführenden Gewalt (Art. 160 § 2 V. 1969) in der Form von Dekreten und als Einzelpläne.¹⁾ Soweit das Bodenstatut keine ausdrücklichen Regelungen trifft, gilt das Enteignungsgesetz von 1941.

95. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß eine Definition der Wendung por interesse social sich aus dem Zusammenspiel von Verfassung und Gesetz ergibt. Die dort getroffenen Regelungen sind als Eingriffsrechte und Ausnahmen der Eigentumsgarantie abschließend und können nicht durch Analogien erweitert werden.

Die begriffliche Unterscheidung ist nur mit Hilfe des programmatischen Willens der Verfassungsgebenden Versammlung möglich. Alle drei Klauseln lassen sich sowohl unter utilidade pública als auch interesse social zusammenfassen oder unter der im brasilianischen Recht nur selten benutzten, in der Literatur aber geläufigen Formel vom Wohl der Allgemeinheit, dem bem comum.²⁾

Rechtspolitisch bleibt zu bedauern, daß in der Verfassung drei Begriffe nebeneinander stehen und infolgedessen zahlreiche Gesetze die Enteignungsmaterie regeln.

Die Nutzung der Formel vom interesse social als Motiv der Enteignung im Rahmen einer Agrarreform bleibt angesichts der ungeheuren sozialen Probleme, der Landflucht und der mangelhaften landwirtschaftlichen Autarkie Brasiliens Zündstoff heftiger politischer Auseinandersetzungen. Unter dem derzeitigen Regime dürfte das Bewußtsein überwiegen, daß es mit einer Umverteilung des Besitzes nicht getan ist. Der Blick auf die Agrarprobleme Europas ist eher geeignet, diese Tendenz zu stärken und eine Aufteilung zu vermeiden. Dagegen bietet sich der Anknüpfungspunkt von der Sozialfunktion des Eigentums an, um nur dort zu enteignen, wo der Boden unzureichend genutzt wird, im Übrigen aber die

1) Vgl. zu den Einzelheiten Raposo, S. 155

2) In Art. 591 CC ist von "bem público", in Art. 2, § 2 EdaT und Art. 1 des Ges. vom 10.9.1962 von "bem-estar social" oder "bem-estar coletivo" die Rede.

staatlichen Mittel in die Organisation des Marktes und die Erstellung ausreichender Infrastrukturen zu investieren. Schon der Mangel an Geld zwingt dazu. Auch die Staatsanleihen müssen letztlich getilgt werden.

Ein politischer Umschwung kann hier freilich zu anderen Auffassungen führen. Hierbei werden, wie die neuere Geschichte zeigt, vor allem der Umfang und die Höhe der Entschädigung diskutiert werden.

§ 5) UMFANG UND HÖHE DER ENTSCHÄDIGUNG

96. Zum Thema der Entschädigung interessieren den Eigentümer neben den Verfahrens- und Zuständigkeitsfragen¹⁾ vor allem zwei Fragen: Es ist dies einmal die nach der Höhe der Entschädigungssumme, zum anderen die nach dem Zeitpunkt, zu dem die Zahlung zu erfolgen hat. Letzteres ist mit dem Verfahren der Enteignung so unmittelbar verknüpft, daß darauf im Rahmen der Erörterung des Enteignungsgesetzes zurückzukommen sein wird.
97. Zur Höhe der Entschädigung werden im deutschen Grundgesetz ähnliche Anhaltspunkte gegeben wie seinerzeit in der Weimarer Verfassung. Während der Verfassungsgeber von Weimar jedoch nur von einer angemessenen Entschädigung sprach, und auch diese nicht grundrechtlich sicherte, sondern dem einfachen Reichsgesetz die Möglichkeit einer anderen Bestimmung offenhielt, sah der Parlamentarische Rat 1949 sich gehalten, das Weimarer Wort "angemessen" zu interpretieren. Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG sieht daher vor:

"Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen."

Damit wird nach wie vor nicht eine konkrete Mindestnorm für die Höhe der Entschädigung gesetzt. Insbesondere wird nicht verfassungsrechtlich ein voller Wertersatz, gemessen etwa am durchschnittlichen Marktwert des entzogenen Eigentums, garantiert. Daß insoweit von "Ausnahmefällen" gesprochen wird, hat kaum stärkere Bedeutung als ein Hinweis, daß es bisher nicht zum Alltag der deutschen Praxis gehört.²⁾ Vielmehr wird lediglich ein Beurteilungsmaßstab

1) Zur Festsetzung der Entschädigung vgl. unten Rz.

2) Vgl. Körner, S. 91 f und die dort zitierte Rechtsprechung (Anm. 38), wonach im Interesse der Allgemeinheit unter dem gemeinen Wert entschädigt werden kann, wenn "sachlich vertretbare Gesichtspunkte" vorliegen.

gesetzt und eine gerechte Interessenabwägung verlangt. Eine Festigung der Eigentumsgarantie bezüglich der Höhe der Entschädigung enthält das Grundgesetz dagegen in einer textlichen Klarstellung gegenüber der Weimarer Verfassung. Während nach dem Wortlaut des Artikel 153, Abs. 2 Satz 2 ein Reichsgesetz die Enteignung ausnahmsweise auch gegen "unangemessene" - und das kann nur heißen: zu geringe - Entschädigung vorsehen konnte, überläßt Artikel 14 Abs. 3 Satz 2 zwar auch die Regelung des Ausmaßes der Entschädigung dem einfachen Gesetz¹⁾, unterstellt aber die Entschädigung dem erwähnten Grundsatz gerechter Interessenabwägung ohne Ausnahme. Insoweit ist der Gesetzgeber gebunden.

Es ist hier nicht der Platz zu untersuchen, warum das deutsche Verfassungsrecht nicht ausdrücklich vollen Wertersatz für die Enteignung garantiert. Ob hierbei das Bewußtsein eine Rolle gespielt hat, daß es unter bestimmten Voraussetzungen einmal "gerecht" sein könnte, nur gegen teilweise Entschädigung zu enteignen²⁾, erscheint mir zweifelhaft. Die Tatsache, daß es, soweit bekannt, nie zu einer entsprechenden Enteignungspraxis kam, spricht dagegen. Wahrscheinlicher ist, daß es angesichts der herrschenden Auffassung von der Enteignung an einem Bedürfnis zu solcher Regelung fehlte. Hierbei spielte wohl vor allem die sogenannte Einzelaktstheorie eine Rolle.³⁾ Im Rahmen der klassischen Enteignung, bei der der Eingriff nur einzelne oder lokal begrenzte Gruppen von Eigentümern belastet, liegt es nahe, die Interessenabwägung des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG zu beschränken, indem das Interesse der Allgemeinheit so verstanden wird, als richte es sich nur auf die Einziehung des Eigentums, auf das Haben, fol-

1) Gesetz des Bundes oder eines Landes, Art. 74, Ziff. 14

2) Vgl. Sellmann, NJW 1965, 1694

3) Vgl. dazu Scheuner, S. 40; Wolff, § 62 IIb 4 und IIb 2; Kreft, S. 21 ff

gerichtig kommt man zu einer Anwendung des Grundsatzes der Lastengleichheit: "Der Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kennzeichnet die Enteignung."¹⁾

98. Auch die Meinung, nach der der Staat zwar das Eigentum entziehen kann, nicht aber seinen Wert²⁾, geht über die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG hinaus und bevorzugt das Interesse des Eigentümers im Sinne einer absoluten "Vermögensgarantie". Unter dem Einfluß dieser Vorstellungen wurde ein Interesse der Allgemeinheit an einem Zugriff mit nur teilweiser Entschädigung entweder nicht gesehen oder aber verdrängt. So wurde von der Rechtsprechung eine Entschädigung dann als angemessen betrachtet, wenn sie "die Beeinträchtigungen ausgleicht, die ohne Abwehrmöglichkeit hingenommen werden müssen".³⁾ Als angemessen wurde nur die "volle Entschädigung" angesehen.⁴⁾ Deutlich ist dabei der Anklang zivilrechtlichen Denkens, hier der Analogie zu § 903 ff.⁵⁾ Die Vorstellung von der Enteignung als einer Art Zwangskauf setzten sich insoweit bis heute durch.

Daß diese Lehre lediglich ein Problem verdrängte, zeigen die in Deutschland bislang vergeblichen Versuche, bei Bauland oder Bauerwartungsland die Wertsteigerungen aus der Erschließung oder auch der bloßen Aussicht späterer Besiedlung durch Sondersteuern oder Wertabschöpfungen zugunsten der Allgemeinheit abzufangen. Bei der Enteignung

1) So der große Zivilsenat des BGH in BGHZ 6, 270 f, 280. Vgl. Wolff, § 60 b

2) Kreft, S. 7

3) RGZ 167, 26

4) RGZ 112, 189 ff, 192; Scheuner, S. 41, hebt hervor, daß das Reichsgericht damit über Art. 153 WV hinausging zugunsten des Eigentümers.

5) Folgerichtig die breite Behandlung der Enteignungsmaterie in den BGB-Kommentaren" s. Palandt, § 903, Anm. 4 und 5

die in der Verfassung vorgesehene Abwägung der Interessen in diesem Zusammenhang als ein Korrektiv im Interesse der Allgemeinheit zu nutzen und eine nur teilweise Entschädigung als möglicherweise gerecht und angemessen anzusehen, wurde bsi in die jüngste Zeit abgelehnt.¹⁾ Für den Vergleich mit brasilianischem Recht bleibt festzuhalten, daß der Wortlaut der Weimarer Verfassung ebenso wie das Grundgesetz von 1949 weder einen vollen Wertersatz noch den Marktwert als notwendige Entschädigung ansehen. Erst in einer neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird deshalb hervorgehoben, daß "situationsbedingte Besonderheiten des Sachverhalts und die Zeitumstände Einfluß auf die Höhe der Entschädigung nehmen können." Ausdrücklich heißt es :

"Eine starre, allein am Marktwert orientierte Entschädigung ist somit dem Grundgesetz fremd. Es trifft auch nicht zu, daß den Enteigneten durch die Entschädigung stets das "volle Äquivalent für das Genommene gegeben werden muß." Der Gesetzgeber kann je nach den Umständen vollen Ersatz, aber auch eine darunter liegende Entschädigung bestimmen." 2)

99. Das brasilianische Recht beschränkt den Zivilprozeß ausdrücklich auf die Bewertung des zu enteignenden Gutes und damit auf den Streit über die Höhe der Entschädigung.³⁾

1) Das RG lehnte ausdrücklich die Berücksichtigung des Allgemeinwohls bei der Ermittlung der angemessenen Entschädigung ab, RGZ 128, 18 ff, 33. Vgl. auch Küng, S. 90 ff, der für potentiellies Bauland Situationen sieht, in denen "schon aus rein pragmatischen Gründen gar nichts anderes übrigbleibt als eine nur teilweise Kompensation", S. 92. Ob das von ihm gebrauchte Beispiel überhaupt Enteignung ist, kann hier dahingestellt bleiben. Küng spricht von "Enteignung im materiellen Sinne", S. 91

2) BVerfG in NJW 1969, 309 ff, 316; vgl. auch BVerfGE 4, 219 ff, 235 ff; anders als der BGH in MDR 1964, 830, nach dem "der Verkehrswert nur die untere Grenze der Entschädigung bildet"; nach Dittus NJW 1965, 2179 ff, 2186, stellt das heutige Recht den Enteigneten sogar besser, was nur bedeuten kann, daß er mehr erhält als den nach § 8 Abs. 1 prEnteiG zugestandenen vollen Wert des abzutretenden Grundstücks.

3) Vgl. unten Rz. 188

Ist die Enteignung von Motiv und Umfang her rechtmäßig, so streiten die Parteien ohnehin nahezu regelmäßig um den Preis des Eigentums. Denn nach dem Erlaß der Enteignungserklärung (declaração de desapropriação ¹⁾), kommt es zur Klage des Staates nur in den Fällen, in denen zwischen den Parteien wegen unterschiedlicher Preisvorstellungen ein Vertrag über die Veräußerung nicht zustandekam. Welcher "Preis" ist nun nach brasilianischem Recht angemessen oder, wie es in der Verfassung heißt, gerecht.²⁾

Der Begriff der "gerechten Entschädigung" hat nicht immer in den brasilianischen Verfassungen gestanden. In der politischen Verfassung des Kaiserreiches sprach der Art. 179,22 nur vom Ersatz des Wertes des Eigentums. Die Verfassung der Republik von 1891 und die von 1937 forderten nur vorherige Entschädigung (indenização previa). Die von 1934, 1946, 1967 und die geltende von 1969 fügten hinzu, die Entschädigung müsse gerecht sein. Daneben haben die Enteignungsgesetze von 1903, 1941 und zuletzt das für die Fälle der Enteignung "por interesse social" erlassene Gesetz No. 4*132 von 1962 versucht, die Feststellung der Entschädigungssumme zu regeln.

100. Über die Frage, was unter einer gerechten Entschädigung zu verstehen sei, herrscht heute mehr denn je Streit. Er entzündet sich vor allem am der Politisierung leicht zu-

1) Vgl. hierzu Rz. 169 ff.

2) Das BrEG spricht, ebenso wie schon frühere Gesetze und ein Teil der Literatur, vom "Preis" der zu enteignenden Sache. Im Grunde ist dieser Begriff ein Relikt der Theorie vom Zwangskauf. Pontes de Miranda, S. 484, führt daher mit Recht aus : "...in Brasilien können wir konsequenterweise die Entschädigung nicht als Verkaufspreis verstehen, sie ist vielmehr Voraussetzung der (rechtmäßigen) Enteignung." Genauer ist deshalb wohl von Entschädigung, Entschädigungssumme oder Wert zu sprechen.

gängliches Modell der "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes". Doch bevor auf diese erst in neuerer Zeit bedeutungsvolle Auseinandersetzung eingegangen wird, soll vom klassischen Enteignungsfall die Rede sein, wie er etwa in Art. 590 CC oder in Art. 5 des Enteignungsgesetzes von 1941 genannten Fällen vorliegt.

Im brasilianischen Enteignungsrecht herrscht auch heute noch der Grundsatz der vollen Entschädigung des Marktwertes (valor venal). Gerecht (justo) ist somit in aller Regel der Ersatz, der den Enteigneten so stellt, als habe er sein Grundstück oder sonst betroffenes Eigentum am freien Markt verkauft. Dieser Wert aber unterliegt naturgemäß auch am freien Markt schon den Einflüssen, die die bloße Aussicht der Enteignung auf den Preis hat. Für ein Grundstück, von dem jedermann weiß, daß es in absehbarer Zeit enteignet werden wird, findet der Eigentümer schwerlich einen Käufer. Andererseits dienen Enteignungen häufig der strukturellen Verbesserung etwa eines Stadtviertels oder doch der betroffenen Straße. Auch Wertsteigerungen sind durch die in Aussicht stehenden Enteignungen möglich. Damit ist eine der entscheidenden Fragen bei der Wertfeststellung, die nach dem Zeitpunkt, zu dem der Wert errechnet werden soll, angeschnitten, auf die im folgenden eingegangen werden soll.

101. Das brasilianische Enteignungsverfahren läßt sechs Zeitpunkte erkennen, an denen theoretisch die Schätzung (avaliação) des Wertes möglich wäre: Die Wertfeststellung könnte erfolgen

- 1) schon für den Tag des Erlasses der Enteignungs-
erklärung (declaração de desapropriação) 1);

1) Vergleichbar dem Erlaß eines Bebauungsplanes nach BBauG, durch den sich die Notwendigkeit der Enteignung für den Fall der Verkaufsweigerung des Eigentümers ergibt.

- 2) für den Zeitpunkt, zu dem die Schätzung stattfindet (contemporânea da avaliação);
- 3) für den Zeitpunkt des Teilurteils, das den Preis festsetzt;
- 4) für den Tag der Zahlung des Wertes;
- 5) für das Datum des Erlasses des Enteignungs- (end-)urteils oder
- 6) für den Zeitpunkt des Verlusts des Eigentums.¹⁾

Das Enteignungsgesetz von 1941 nannte zunächst in Art. 26 Abs. 1 den Zeitpunkt 1) als den der gerechten Wertfeststellung.²⁾ Die Vorteile dieser Lösung liegen auf der Hand. Der Wert zum Zeitpunkt der "declaração de utilidade pública" läßt sich leicht feststellen und prozessual verwerten. Der Richter steht nicht vor der Notwendigkeit, jede Schwankung nach diesem Zeitpunkt noch zu berücksichtigen. Die "Entwertung" infolge der anstehenden Enteignung bleibt ebenso außerhalb der Berechnung wie Wertsteigerungen im Hinblick auf den möglicherweise begünstigenden Zweck der Enteignung. Der Nachteil ist ebenso deutlich. Nach dem Erlaß der "declaração" kann bis zur Verwirklichung der Enteignung noch viel Zeit vergehen. Nach Art. 10 des Gesetzes No. 3.365 muß die Enteignungsklage in dieser Frist eingereicht werden.³⁾ Das bedeutet, daß der Staat sich fünf Jahre Zeit lassen kann, um erst dann den Preis zu zahlen, der seinerzeit angemessen gewesen sein mag. Daß dieser Zustand untragbar war,

1) Zusammenstellung nach Pontes de Miranda, der Vorteile und Nachteile der Möglichkeiten aufzeigt, S. 456

2) Vgl. Diniz Junqueira, S. 41

3) Pontes de Miranda, a.a.O.; irrig daher die Übersetzung bei Schnitzlein, nach der der Prozeß ebenfalls vor Ablauf der 5 Jahre zur Enteignung geführt haben muß.

dürfte schon für ein Land mit normalen wirtschaftlichen Verhältnissen klar sein. In Brasilien aber, wo die Inflation jahrelang galoppierte und unter Kubitschek sogar von Staats wegen beschleunigt wurde, mußte diese Regelung de facto einer Enteignung ohne Gegenleistung gleichkommen. Das Oberste Bundesgericht entschied daher Anfang der fünfziger Jahre, daß entgegen Art. 26 BrEG nicht der Wert zum Zeitpunkt des Erlasses des Enteignungsdekrets maßgebend sein dürfe, sondern der Zeitwert des Wirksamwerdens der Enteignung.¹⁾

Aus diesem Grunde entschied sich der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Enteignungsrechts²⁾ 1956 für eine Änderung des Art. 26 des Enteignungsgesetzes. Nunmehr muß die Entschädigung den Zeitwert der Schätzung (valor contemporâneo da avaliação) gewähren (oben Ziffer 2). Damit wird erreicht, daß die Gutachter oder auch der Richter vom Gegenwartswert ausgehen können. Auch liegt dieser Zeitpunkt regelmäßig dem Ende des Enteignungsverfahrens schon sehr nahe und damit dem Zeitpunkt, an dem das Vermögen dem Eigentümer verloren geht.

Lennoch ist auch hier die Gefahr nicht auszuschließen, daß bis zur Auszahlung noch viel Zeit verstreicht. Es ist allerdings nicht richtig, wenn Pontes de Miranda das Problem erst dadurch gestellt sieht, daß die Verfassungen seit 1946 wieder eine "gerechte" Entschädigung verlangen.³⁾ Schon der Begriff der Entschädigung selbst verlangt

1) STF in AJ 108 (Nov. 1953), S. 246.
Anders noch ein Jahr vorher der gleiche Senat des STF in AJ 104 (Dez. 1952), S. 330, wo er entschied, der (alte) Art. 26 BrEG sei verfassungsgemäß und der Zeitwert der Enteignungserklärung zu ersetzen.

2) durch Art. 3 des Gesetzes No. 2.786 vom 21. Mai 1956

3) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 457

einen möglichst zeitgerechten Ersatz, bei dem die Entschädigungssumme dem Wert zu dem Zeitpunkt, an dem der Eigentümer sein Gut verliert, möglichst nahe kommt, läßt man einmal die erwähnten Preiseinflüsse der Planung oder der Enteignung selbst beiseite. Insoweit - aber auch nur insoweit - ist der Begriff der "gerechten Entschädigung" pleonastisch. ¹⁾

Die Frage liegt nahe, warum das brasilianische Recht nicht für die Feststellung des Wertes auf den Zeitpunkt des Verlusts abstellt. Der Eigentümer eines Mietshauses zum Beispiel hat bis zu diesem Tage alle Vorteile, so etwa die Einnahmen, die mit dem Eigentumsverlust entfallen. Doch steht dieser Lösung schon die Verfassung entgegen, wenn sie entscheidet, daß erst nach vorheriger (prévia) Entschädigung enteignet werden kann. Damit entfällt der obige Zeitpunkt 6) als verfassungswidrig. Dementsprechend sieht das Enteignungsgesetz in Art. 29 vor, daß erst nach der Zahlung der Entschädigung oder nach ihrer Hinterlegung, von der sich der Richter zu überzeugen hat, der Einweisungsbefehl (mandado de imissão de posse) ergehen darf. Dieser Titel dient anschließend als Grundlage der Umschreibung im Grundbuch.

Da erst diese Umschreibung nach heutiger Auffassung zum Verlust des Eigentums führt ²⁾, kann weder der Erlaß dieses Endurteils (oben Ziffer 5) ³⁾ noch der Verlust des Eigen-

-
- 1) Häufig wird übersehen, daß der Zusatz "gerecht" die Entschädigung auch unter den Zeitwert drücken kann, wenn die Umstände eben dies als gerechtfertigt erscheinen lassen, vgl. unten Rz. 134 ff.
 - 2) Str., wie hier : Pontes de Miranda, vol.5, S.443/444; E.Chamoun, RDA 76 (1964), S. 476 ff, meint trotz Art. 29 BrEG, daß schon das rechtskräftige Endurteil in Verbindung mit der Zahlung enteigne, S. 485/486; ebenso C.Maximiliano, vol.3, S. 113 m.w.N. Vgl.hierzu Rz.147
 - 3) Anders freilich das deutsche Recht, das auf die Entscheidung über die Enteignung abstellen kann, § 95 Abs. 1 Satz 2 BBauG; für die Entscheidung im Prozeß stellt BGH NJW 1965, 1480 auf den Zeitpunkt des Urteils ab und ergänzt insoweit den § 95 BBauG.

tums sinnvoll als Grundlage der Bemessung für eine Entschädigung dienen, die schon bezahlt sein soll.

Wenig praktikabel sind auch die oben erwähnten Zeiten des Urteils, das den Wert festsetzt (Rz. 101 Ziffer 3), oder der Tag der Zahlung und Hinterlegung (Rz. 101 Ziffer 4). Denn das Werturteil stützt sich notwendigerweise auf die Schätzung durch Gutachter, die ihr Votum vorher vorlegen müssen, Art. 23 BrEG. Auch am Tag der Zahlung kann nicht eine oft zeitraubende Schätzung nachgeholt werden. Vielmehr muß das bezahlt oder hinterlegt werden, was vorher als Wert festgestellt wurde.

104. Allerdings ist auch der Zeitpunkt der Schätzung (avaliação, oben Ziffer 2), auf den das Gesetz heute abstellt, nicht allein maßgebend. Zwar erscheint es dem System der vorherigen Entschädigung angemessen, wenn die Gutachter oder die von den Parteien zur Bewertung Berufenen vom Wert ausgehen, den sie zur Zeit ihrer Tätigkeit vorfinden. Die Parteien könnten jedoch in die Versuchung geraten, auch dann noch die Abwicklung der Enteignung zu verzögern, wenn das Gutachten vorliegt, um so sei es durch die Geldentwertung, sei es, indem sie Wertsteigerungen abwarten, zu ihrem Vorteil den "Preis" zu ändern.

Um diesem Mangel abzuhelpfen, stellt der Art. 33 BrEG, ähnlich wie schon Art. 3 des Gesetzdekretes No. 1.283 ¹⁾, nach der richterlichen Preisentscheidung (Teilurteil, Art. 24 Abs. 1, Satz 2 BrEG) die Hinterlegung des festgesetzten Preises der vorherigen Zahlung gleich. Die Hinterlegung hat bei dem Banco do Brasil oder bei einer Bank nach Wahl des Richters zu erfolgen, Art. 33 § 1 BrEG. Diese Regelung wurde 1956 durch eine Änderung zum Enteignungsgesetz noch verbessert. ²⁾ Es fügte dem Art. 33 einen § 2 hinzu, der den Eigentümer ermächtigt, bis zu 80 % der hinterleg-

1) Decreto-Lei vom 18. Mai 1939

2) Decreto-Lei No. 2.786 vom 21. Mai 1956

ten Summe abzuheben auch dann, wenn er mit dem angebotenen, dem geschätzten oder auch dem durch Urteil festgesetzten Preis nicht einverstanden ist. Dies gilt auch im Falle einer Hinterlegung zur Vorbereitung der vorläufigen Besitzeinweisung nach Art. 15 BrEG.

Diese Regelung sichert den Enteigneten noch vor dem endgültigen Verlust seines Eigentums, indem er über 80 % des Wertersatzes alsbald verfügen kann. Einem Inflationsverlust für diesen Anteil kann er durch neue Investitionen vorbeugen.

Eine weitere Sicherung gegen einen zu langen Prozeß bietet schließlich Art. 21 BrEG. Nach dieser Vorschrift gibt es keine Unterbrechung des Prozesses. Auch der Tod des Eigentümers oder der Verlust seiner Geschäftsfähigkeit führen nicht zu einer Unterbrechung oder Aussetzung des Prozesses, auch wenn ein Pfleger noch nicht bestellt ist.¹⁾

Diese Vorschrift sollte wohl vor allem dem Interesse des Staates an einer zügigen Abwicklung des Enteignungsverfahrens dienen. Sie bewirkt zugleich aber einen Schutz des Eigentümers oder der Erben vor Inflationsverlust hinsichtlich der hinterlegten Summe. Auch Art. 24 § 1 BrEG beschleunigt den Prozeß, indem eine Wiederholung der mündlichen Verhandlung über das Schätzgutachten nur innerhalb von 10 Tagen und zur Verkündung des Werturteils möglich ist. Dennoch bleiben gewisse Gefahren für die Beteiligten, die sich vor allem aus der Inflation ergeben. Daß hierdurch ein gewisser Druck auf den Eigentümer entsteht, nach der Schätzung des Wertes oder der Hinterlegung der Entschädigungssumme dem Prozeß durch Vergleich oder Billigung der Summe zum alsbaldigen Ende zu verhelfen und so sein Geld zu erhalten, bevor es einen Wertverlust erleidet, ist zumindest so lange nicht zu vermeiden, wie die Währungsverhältnisse nicht stabil sind.

1) Vgl. Art. 21 § 1 BrEG

105. Die Auffassung, das Erfordernis der "gerechten Entschädigung" sei erfüllt, wenn die Hinterlegung zum Zeitpunkt der Schätzung und in der von ihr ermittelten Höhe erfolge und das Urteil die Schätzung bestätige¹⁾, ist daher nur bei stabiler Währung oder alsbaldiger Auslösung richtig.

Tritt nach der Schätzung eine Wertsteigerung ein, so bleibt dem Eigentümer die Möglichkeit, sie als nicht (mehr) gerecht zu beanstanden. Insoweit erscheint eine Abweichung vom Grundsatz des neugefaßten Art. 26 BrEG ("Zeitwert der Schätzung") gerecht und entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn diese versuchte, auf den Zeitpunkt des Eigentumsverlustes abzustellen.²⁾ Die Literatur bringt den gleichen Grundsatz zum Ausdruck, indem sie den Ausgleich zum "aktuellen" Wert verlangt, bei dem die Kaufkraft der Entschädigungssumme, ihre Entwertung oder auch Wertsteigerung zu berücksichtigen ist.³⁾

106. Die Rechtsprechung hat anerkannt, daß in solchen Fällen eine Neufestsetzung der Entschädigungssumme notwendig ist. Die Regelung, daß vom Wert zum Zeitpunkt der Schätzung auszugehen ist, kann nicht dazu führen, daß ein veralteter Preis gezahlt wird. Dies gilt vor allem, wenn das Urteil ausnahmsweise erst Jahre nach der Klage und der Schätzung ergeht.⁴⁾

Eine Aktualisierung der Preisentscheidung soll aber dann entfallen, wenn die Verzögerung vom Enteigneten verschuldet wurde.⁵⁾ Dasselbe gilt auch im Falle einer erfolglosen

1) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 458

2) STF in AJ 108 (Nov. 1953), S. 246

3) Carlos Maximiliano, vol. 3, S. 108 u. 113: "Paga-se o preço atual, não o preço histórico".

4) 3a. Câmara Civil do TJ de São Paulo in RF 205 (1964), S. 182; vgl. auch dasselbe Gericht in RF 208 (1964), S. 189/190

5) TJ de GB v. 9.8.1961 in RF 200 (1962), S. 130. In diesem Fall hatte ein vom Eigentümer beauftragter Gutachter die Akten ungebührlich lange zurückgehalten.

Anfechtung der Entscheidung durch den Eigentümer. Er trägt das Risiko einer Verzögerung der Auszahlung, wenn und soweit sie auf seinem unbegründeten Rekurs beruht.¹⁾ Allerdings ist diese Situation im brasilianischen Recht jedenfalls dann selbstverständlich, wenn nur der Eigentümer anfechtet, da sein Rekurs keine aufschiebende Wirkung hat und der Betroffene sich in diesem Fall ohnehin auszahlen lassen kann, zumal er rechtlich keinen Besitz mehr hat.

Aus dieser Rechtsprechung zog der Gesetzgeber 1965 die Konsequenz und fügte dem Art. 16 BrEG einen Paragraphen 2 hinzu, der eine Geldwertkorrektur (correção monetária) durch das Gericht vorsieht, wenn seit der Schätzung bis zum Endurteil mehr als ein Jahr vergangen ist.²⁾ Die Grundsätze der genannten Rechtsprechung dürften ihre Bedeutung aber behalten haben für eine Zeit starken Währungsverfalls auch innerhalb eines Jahres³⁾ und für Wertsteigerungen des Objekts unabhängig von Währungsverhältnissen.

Während vor der Schätzung das Schweigen des Beklagten nicht als Zustimmung zum angebotenen Preis gelten kann⁴⁾, wird nunmehr sein Schweigen oder auch die Übertragung des Eigentums ohne Beanstandung der Schätzung als Einverständnis mit der von dieser ermittelten Höhe der Entschädigung zu werten sein.⁵⁾ Die mündliche Verhandlung richtet sich nach der brasilianischen Zivilprozeßordnung, Art. 24 BrEG.

107. Im Falle der "indirekten Enteignung" (enteignungsgleicher Eingriff, desapropriação indireta) stellen Literatur und

1) Vgl. Gelzer Rz. 53 und 54, insbesondere das von ihm genannte Beispiel B, und Kröner, S. 124 f

2) Gesetz No. 4.686 vom 21. Juni 1965 in RF 211 (1965), S. 411

3) Die Inflationsrate Brasiliens lag in den Jahren 1960 bis 1967 im Schnitt jährlich bei 54,9 %, vgl. FAZ vom 14.4.1969

4) Art. 23 BrEG verlangt ausdrückliche Einigung über den

5) Pontes de Miranda, a.a.O., S. 457/458 Preis.

Rechtsprechung auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Inbesitznahme oder "Besetzung" (ocupação) ab. Der Anspruch auf Entschädigung entsteht mit diesem Augenblick.¹⁾

Die Rechtsprechung hat in einer Fülle von Entscheidungen diesen Standpunkt vertreten. Deshalb sind die vom Staat als Ersatz geschuldeten Summen auch von diesem Zeitpunkt an zu verzinsen.²⁾ Allerdings sind insoweit auch abweichende Entscheidungen bekannt. Im Hinblick auf die galoppierende Inflation erschien es bisweilen gerecht und angemessen, die Entschädigungssumme in Fällen, in denen sich der Staat jahrelang Zeit gelassen hatte, nach dem Jetzt-Wert der Schätzung anzusetzen. Wurde der Wert aber auf diese Weise aktualisiert, wäre es auf der anderen Seite unbillig gewesen, diese Summe vom Zeitpunkt der Inbesitznahme an zu verzinsen. In diesen Fällen war eine Verzinsung erst vom Zeitpunkt der Schätzung an zu berechnen.³⁾

An dem Grundsatz, daß auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Besetzung abzustellen ist, ändert diese Regelung nichts. Vielmehr wird damit gerade versucht, den Enteigneten so zu stellen, als sei er schon zum Zeitpunkt des Verlusts seiner Rechte entschädigt worden. Die "Aktualisierung" des Wertes ist somit nur eine Anpassung des damals schon geschuldeten Ersatzes an eine Summe gleicher Kaufkraft.

1) Waldemar da Silva Moreira in RF 65, S. 550

2) TJ de São Paulo vom 16. 11. 1961 in RF 204 (1963), S. 186, und v. 31.8.1962 in RdT 345 (1964), S. 183; T.de Alçada de São Paulo v. 22.8.1962 in RdT 340 (1964), S. 381

3) STF v.15.4.1963 in RdT 343 (1964), S. 514-16; TJ de São Paulo v. 14.9.1961 in RF 203 (1963), S. 163; ebenso v.31.8.1962 in RdT 345 (1964), S. 183. Hierbei wird zugleich eine Entschädigung für den Wegfall der Nutzung zwischen tatsächlicher Besetzung und späterer Schätzung festzusetzen sein.

108. Ein besonderes Problem bleibt bei der Feststellung der Entschädigungshöhe die Frage nach den Bewertungsmaßstäben. Der Versuch, diese gesetzlich zu normieren, führte im brasilianischen Recht nicht immer zu glücklichen Ergebnissen.

Das Enteignungsgesetz von 1903 entschied¹⁾, daß bei Eigentum, das der Gebäudesteuer unterlag, die Entschädigung nicht unter dem zehnfachen und nicht über dem fünfzehnfachen Mietwert liegen dürfe, abzüglich der Steuern und ausgehend von der Steuerveranlagung des Vorjahres. Weitere Anhaltspunkte für die Gutachter waren gemäß Art. 32 des Regulamento der Wert des Eigentums (gemeint war wohl der Marktwert, da der Mietwert schon angesprochen war), seine Lage, der Zustand der Erhaltung, Sicherheit, Erwerbspreis und der Gewinn aus dem Eigentum sowie "alle anderen Umstände, die den Preis beeinflussen."

Das Enteignungsgesetz von 1941 (BrET) traf für Eigentum, das der Gebäudesteuer unterliegt, dieselbe Regelung in Art. 27 § 1, setzte aber die obere Grenze der Entschädigung auf den zwanzigfachen Mietwert fest. Gegen den Jahresmietwert als Berechnungsgrundlage hat die brasilianische Literatur wiederholt Sturm gelaufen.²⁾ Es erscheint in der Tat wenig sinnvoll, das Mehrfache der Mieten allein heranzuziehen, um Mindest- oder Höchstgrenzen der Entschädigung zu normieren. Ein Eigentümer, der aus mangelndem Geschäftsinteresse, aus Rücksicht auf bestimmte Mieter oder gar aus sozialer Einstellung nicht die höchstmögliche Miete genommen hatte, wurde auf diese Weise benachteiligt. Der rechtspolitische Effekt mußte in vielen Fällen eine immer neue Mieterhöhung sein, ganz abgesehen von der Gefahr spekulativer Mieten oder der Versuchung zu Schein-

1) Art. 31 § 5 des Regulamento, sanktioniert durch Dekret No. 4.956 vom 9. Sept. 1903, ebenso schon Art. 2 des Dekrets No. 1.021 vom 26. August 1903

2) C. Maximiliano, vol. 3, S. 112/113, hielt die Regelung für ein Produkt der Diktatur und verfassungswidrig. a.A. C. Medeiros Silva (58) S. 31 und J.M. da Silva, Lb., S. 247

mietverträgen in Zonen, in denen eine Enteignung bevorstand. Die Verbindung mit der Gebäudesteuer hatte zudem den Anstrich einer fiskalischen Strafbestimmung, bei der der Eigentümer auf den möglichst niedrigen Mietwert festgelegt wurde, den er dem Finanzamt angegeben hatte. Das Supremo Tribunal entschied in einem ähnlichen Fall, in dem der Höchstwert durch das Vierzigfache des Steuerbetrages beschränkt worden war¹⁾, diese Höchstgrenze sei zulässig. Doch erfolgte schon damals das Urteil nicht einstimmig. Aus dem Urteile leitete Massarenhas da Silva ab, daß denn auch Art. 27 § 1 BrEG als verfassungskonform angesehen werden müsse.²⁾

Gegen eine starre obere Grenze der Entschädigung haben sich die Gerichte aber gelegentlich schon vor Inkrafttreten der Verfassung von 1946, vor allem aber in späteren Entscheidungen gewandt und der Norm nur den Rang einer Bemessungsgrundlage unter anderen, eines Anhaltspunktes zuerkannt.³⁾ Das Oberste Bundesgericht entschied ausdrücklich, daß die Grenze des Art. 27 BrEG immer dann überschritten werden könne, wenn dies notwendig werde, um zu einer "gerechten" Entschädigung zu kommen.⁴⁾ Der Art. 27 § 1 BrEG wurde schließlich als verfassungswidrig angesehen und durch Art. 4 des Änderungsgesetzes von 1956 aufgehoben. Dennoch bleibt der Jahresmietwert einer der Anknüpfungspunkte für die Schätzung des Gebäudes oder Grundstückswertes.⁵⁾

109. Daneben nennt Art. 27 BrEG als weitere Anhaltspunkte, auf die der Richter bei seiner Preisentscheidung einzugehen hat und die somit auch Grundlage des Gutachtens sind, den

1) Dekretgesetz No. 893 v. 26.11.1938

2) Lb., S. 246 f

3) Vgl. STF in R. dos T. 170, 775, und zahlreiche Entscheidungen bei C. Maximiliano a.a.O. sowie Pontes de Miranda, S. 458

4) STF in AJ 107 (Heft 2), 1953, S. 301

5) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 458

Schätzwert des Eigentums für Steuerzwecke, den Erwerbspreis und das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers, Lage, Zustand und (bauliche) Sicherheit des Eigentums, den Marktwert (valor venal) der Güter gleicher Art während der letzten 5 Jahre, sowie die Wertsteigerung oder Entwertung des dem Eigentümer gehörenden Grundstücksrestes. Der Wortlaut des Art. 27 läßt eindeutig erkennen, daß es sich bei diesen Merkmalen nur um Motive der Entscheidung des Richters (fatos que motivaram o seu convencimento) handelt, an die er nicht starr gebunden ist. Damit genügt der heutige Gesetzestext auch der Verfassungsnorm einer gerechten Entschädigung, die nur dann gewährt ist, wenn der Gutachter und das Gericht alle Umstände des Einzelfalles in Betracht ziehen und von "Regeln" abweichen können, sei es im Interesse des Staates, sei es in dem des Eigentümers.

Der wichtigste Maßstab dürfte daher für die Höhe der Entschädigung in der Regel der Marktwert sein. Auf ihn stellt die Gesetzgebung gelegentlich allein ab.¹⁾

Gelegentlich ist der Entscheidung über die Höhe aus "ethischen Gründen" der vom Eigentümer deklarierte Steuerwert ohne Rücksicht auf den wahren Wert zugrunde gelegt worden.²⁾ Eine solche Behandlung dürfte gegen die Eigentumsgarantie des Art. 153 § 22 V. 1969 verstoßen. Es ist eine Binsenwahrheit, daß der zwischen zwei Parteien ausgehandelte Kaufpreis nicht notwendig dem Marktwert zu entsprechen braucht. Woher aber die "ethischen Normen" genommen werden sollen, die den Eigentümer an diesem Preis festhalten, ist nicht ersichtlich. Handelte er das Grundstück zu einem äußerst günstigen Preis ein, den er alsdann für die Steuer

1) Vgl. Art. 3 des Gesetzes No. 4.176 v. 7.12.1962: "Für die Enteignungszwecke dieses Gesetzes werden die Preise als gerecht angesehen, die in den Zonen, in denen enteignet werden soll, gültig sind (preços vigorantes)."

2) TJ de São Paulo in R. dos T. 181, 198

angab (imposto de lucro imobiliário), so würde er nun für seine Geschäftstüchtigkeit "bestraft". Ähnliches gilt für die Erbschaftssteuer. Die Methode ist zudem schon deshalb verfassungswidrig, weil der Staat den Steuerwert einseitig festsetzt, auch wenn er dabei Angaben des Eigentümers (z.B. des Erben) verwerten kann. Soll der Eigentümer beispielsweise gezwungen werden, gegen den Steuerbescheid Rechtsmittel einzulegen mit dem Ziel, mehr Steuern zu zahlen, um später im Falle einer Enteignung eine höhere Entschädigung zu erlangen? Der Staat mag seinerseits eine höhere Steuerschätzung vornehmen, wenn er den vom Eigentümer bezifferten Wert für zu gering hält. Auch der klare Wortlaut des Art. 27, der im Steuerwert nur eines der Wertmotive sieht, steht der starren Anwendung entgegen. Von ihm muß der Richter, wie zuvor auch der Gutachter, abweichen, wenn dies aus anderen Erwägungen gerecht erscheint.¹⁾

Der Steuerwert spielt auch in der neueren Enteignungsgesetzgebung immer wieder eine Rolle. Nach zahlreichen Gesetzesvorlagen, die ausschließlich an den vom Eigentümer dem Finanzamt gegenüber angegebenen Grundeigentumswert anknüpfen, fand der Gesichtspunkt Eingang in das Estatuto da Terra (EdT).²⁾ In Art. 19 § 2 a) EdT heißt es, daß bei der Festsetzung der gerechten Entschädigung zu berücksichtigen sind (levar-se-ão em conta) : der für Zwecke der Landbesitzsteuer (Imposto Territorial Rural) deklarierte Wert des Besitzes, der im Kataster eingetragene Wert (dem die wertsteigernden Verwendungen und eine möglicherweise nötige, gesetzliche Geldwertkorrektur hinzuzufügen sind) und der Marktwert des Eigentums. Diese Formulierung, die die angegebenen Maßstäbe nur zu Indizien der Entschädigung macht, genügt der Verfassung. Zusätzlich hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es

1) Pontes de Miranda, S. 459/460 nennt den Steuerwert ein Indiz für die Höhe der Entschädigung.

2) Lei No. 4.504 v. 30. November 1964, abgedruckt in CLB 1964, vol.VII, S.314 ff, in seinen wesentlichen Bestimmungen auch bei Raposo, S. 153 ff.

sich um die Entschädigung "in der Form des Art. 147 § 1 V. 194-6" handele.¹⁾

110. Der Vorschrift entspricht in der heutigen Verfassung Art. 153 § 22, der die Fälle der Agrarreform mit umfaßt. Der Hinweis auf die Eigentumsgarantie im Zusammenhang mit den Kriterien für die Höhe der Entschädigung kann ebenfalls nur bedeuten, daß Anhaltspunkte und nicht feste Preisnormen aufgestellt werden sollen.

Für diese Auslegung spricht schließlich auch die Entstehungsgeschichte des Art. 19 § 2 EdT, die mehrfach vom Steuerwert sprach, wenn in Gesetzesvorlagen die Entschädigungsvorlage behandelt wurde. So wurde noch am 5. März 1964, kurz vor der Revolution des Militärs, im Parlament vorgeschlagen, im Agrarreformgesetz "den Wert als gerechte Entschädigung anzusehen, den der Eigentümer seinem Grundeigentum (- es ging um nicht genutztem oder antiökonomisch genutztes Land -) bei seiner Steuererklärung beigemessen hat..."²⁾ Die dem Eigentümer günstigere Regelung im EdT durch das neue Regime ist sicherlich nicht zufällig, da die Revolution gerade auch durch die Enteignungsgesetzgebung der vorherigen Regierung ausgelöst wurde.³⁾

111. Zur Frage nach der Höhe der Entschädigung gehört auch das Problem des Vorteilsausgleichs. Es sind Fälle denkbar, in denen die Enteignung oder das durch sie ermöglichte Pro-

1) Art. 147 verwies auf Art. 141 § 16 der Verfassung für den Fall der Enteignung von Landbesitz zum Zwecke der Neuverteilung (Agrarreform).

2) Art. 9 § 2 des Projekts; vgl. Raposo, S. 142 ff. Nicht kultiviertes, ungenutztes Land sollte "zum Erwerbspreis" enteignet werden können, soweit es sich um Neuland handelte, Art. 78, und von der Entschädigung die Wertsteigerung durch öffentliche Arbeiten abgezogen werden Art. 77.

3) Vgl. Raposo, S. 124

jekt zugleich auch einen Vorteil für den Eigentümer mit sich bringen. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß bei einer teilweisen Enteignung (etwa zum Bau einer neuen Straße) die verbleibenden Reste einer anderen Nutzungsart zugeführt werden (etwa der Bebauung rechts und links der neuen Straße) oder die bisherige Nutzung interessanter und lukrativer wird. Zum anderen hat derselbe Eigentümer häufig mehrere benachbarte Grundstücke. Wird ihm nun eins entzogen, so kann dies für die anderen sowohl Vorteile bringen als auch nachteilig sein. Das brasilianische Recht kennt zwei Möglichkeiten, derartige Vorteile und Nachteile zu berücksichtigen.¹⁾ Art. 27 BrEG sieht, wie oben anklang, vor, daß bei der Festsetzung der Entschädigung auch die Wertsteigerung oder Entwertung des verbleibenden Geländes zu berücksichtigen ist, soweit es dem Eigentümer gehört (pertencente ao reu). Daneben kennt das brasilianische Recht auch eine Art Sondersteuer oder Wertausgleichsabgabe unter der Bezeichnung "contribuição de melhoria". Es handelt sich auch hier um ein dem französischen Recht entlehntes Institut, das in Frankreich seit dem 16. September 1807 in immer neuen Gesetzen Eingang fand. Art. 18, II V. 1969 sieht ausdrücklich vor, daß sowohl die Union als auch die Staaten (incl. des Distrito Federal) und die Municipien eine solche Abgabe erheben.²⁾ Auf diese Weise wird ihnen die Möglichkeit eingeräumt, den Wertzuwachs fremden Eigentums, der mit öffentlichen Mitteln bewirkt wurde, abzuschöpfen.

1) Vgl. die Gegenüberstellung bei J.M. da Silva, Lehrbuch S. 385 f und C. Maximiliano, Com. à Const. Bras. 1946, vol. 3, S. 108 f (Rz. 542)

2) Vgl. auch Art. 124 (V. 1934) und Art. 30 (V. 1946); hierzu E. Sodré, S. 88 f. Die Abgabe ist als Sonderbelastung zu unterscheiden von der Möglichkeit des Staates, den nunmehr wertvolleren Besitz höher zu besteuern. Die Wertausgleichsabgabe ist eine einmalige Sondersteuer, J.M. da Silva, a.a.O., S. 386.

Die Abgrenzung dieser beiden Institute der Verfassung für einen Vorteilsausgleich wird nicht immer leicht fallen, wenn einer der Eigentümer, dessen Gut im Wert durch die öffentlichen Maßnahmen gestiegen ist, zugleich auch Opfer einer Enteignung im Zusammenhang mit diesen Maßnahmen ist. Das wichtigste Kriterium zur Unterscheidung dürfte aber im oben dargelegten Grundsatz zu suchen sein, daß eine Enteignung mit fiskalischen Interessen eben nicht motiviert werden darf. ¹⁾

112. Die Abschöpfung eines Mehrwertes dient unmittelbar dem Fiskus und nur indirekt dem "interêsse social". Deshalb wäre ein Gesetz, das auch die Grundstücke der Enteignung unterwirft, deren Wert gestiegen ist oder mit Sicherheit steigen wird, die aber zur Durchführung der Maßnahme nicht erforderlich sind, verfassungswidrig. Zwar sieht Art. 4 BrEG ausdrücklich auch die Möglichkeit der Enteignung von Zonen vor, die infolge öffentlicher Maßnahmen in ungewöhnlichem Maße im Wert steigen. Sie sind mit dem Ziel des Wiederverkaufs (se destinam a revenda) zu enteignen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift aus der Zeit der Diktatur war schon unter der Verfassung von 1937 mehr als zweifelhaft. Doch kannte diese Charta im Gegensatz zu der von 1934 und den späteren Verfassungen nicht das Institut der "contribuição de melhoria". Nachdem es aber wieder eingeführt worden ist, besteht kein Zweifel, daß der Staat ein im Wert gestiegenes Nachbargrundstück deswegen nicht enteignen kann, sondern auf die Wertusgleichabgabe verwiesen bleibt. Art. 4 BrEG ist daher insoweit heute verfassungswidrig. ²⁾ Gegen eine derartige Vermengung spricht das Neben-

1) Vgl. oben S. 59-60 ; E. Sodré, S. 40 und S. 86 ff

2) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 418/419 ohne Art. 4 BrEG ausdrücklich zu nennen; E. Sodré, S. 88/89 und S. 96, der eine Enteignung zumindest dann für ungerechtfertigt hält, wenn ein Ausgleich der Interessen durch höhere Grundsteuer möglich ist.

einander in der Verfassung von 1969, wo die "contribuição de melhoria" ohne Zusammenhang mit der Enteignung geregelt wird. Eine andere Frage ist, ob dem Eigentümer, der für eine regelmäßig "aufgedrängte" Wertsteigerung einen Ausgleich zahlen soll, nicht das Recht zugestanden werden muß, seinerseits statt der Abgabe sein Grundstück dem Staat zum Kauf anzubieten. Ein französisches Gesetz gab dem Eigentümer aus dem Grunde die Wahl zwischen Zahlung oder Enteignung. Damit werden jedoch zwei Dinge miteinander vermengt, die nicht der gleichen Rechtssphäre angehören. Die Option des Eigentümers für einen Verkauf an den Staat ist nicht der Enteignung gleichzusetzen, die eine Motivation gemäß Art. 153 § 22 V.1969 bedingt.¹⁾ Dies erhellt schon die Tatsache, daß es dem Eigentümer freisteht, an einen Dritten zu verkaufen und aus dem möglicherweise höheren Erlös die Abgabe zu zahlen.

Trotz der dogmatisch durchführbaren Trennung bleibt die Grenze zwischen Enteignung und Wertausgleichsabgabe eine der in der Praxis häufigen Nahtstellen zwischen Steuer- und Enteignungsrecht. Denn auch wenn die Option zwischen Abgabe und Verkauf dem Eigentümer vorbehalten bleiben muß, liegt doch eine Eigentumsbeschränkung darin, daß die Wertsteigerung und damit der unter Umständen für den finanziell schwachen Eigentümer notwendige Verkauf eine Art Zwang zur Abgabe des Eigentums bewirkt.

113. Die Unterscheidung des Vorteilsausgleichs im Rahmen der Entschädigung von der Wertausgleichsabgabe ist demnach im Einzelfall wie folgt vorzunehmen:

1) Vgl. die Kritik bei Sodré, a.a.O.

Steigt durch die Enteignung oder das ihr zugrundeliegende Gesamtprojekt der Wert des Restgrundstücks des Eigentümers, so ist die Berücksichtigung dieses Mehrwertes bei der Höhe der Entschädigung nur dann rechtmäßig, wenn es sich um eine Nebenwirkung der hoheitlichen Maßnahmen handelt, die nur dieses Grundstück betrifft. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Maßnahmen nur das Grundstück des Enteigneten betreffen und nicht zugleich Wertsteigerungen bei anderen Grundflächen des Gebietes auftreten. ¹⁾ Anders dagegen, wenn die Wertsteigerung den Eigentumsrest ebenso wie andere Grundstücke der Nachbarschaft trifft. In diesem Fall wäre es eine Benachteiligung des Enteigneten, würde man ihm die Entschädigung kürzen, solange nicht der Staat auch die übrigen Nachbarn entsprechend belastet. Die gleichen Zweifel können sich im deutschen Recht bei Anwendung des § 95 Abs. 2 Ziffer 1 BBauG ergeben, wenn und soweit die anzunehmende Wertsteigerung ganze Zonen und nicht nur das enteignete Grundstück betreffen. Ein Abzug im Rahmen des Enteignungsverfahrens wäre nur insoweit möglich, als der Enteignungsführer (die Union, der Bundesstaat oder das Munizip) eine Verordnung aufgrund des Art. 19, II V.1969 erlassen hat, und selbst dann würde nicht die Höhe der Entschädigung unmittelbar gekürzt. Bei ihrer Ermittlung bliebe vielmehr die Wertsteigerung zunächst unberücksichtigt. Erst von der gerichtlich festgestellten Entschädigung könnte alsdann der Staat die "contribuição de melhoria" im Wege der Aufrechnung abziehen.

1) So ausdrücklich die Rechtsprechung, TJ de São Paulo in RdT 341 (1964), S. 194 : "Não ha duvida que só excepcionalmente é que a valorização do remanescente deve ser computado no valor da indenização, para o seu abatimento ou redução. Para que tal ocorra é mister seja ela imediata e especial, isto é, específica e individual para o proprietário do bem desapropriado e não apenas da zona em que esteja localizado o imóvel".

Vgl. C. Maximiliano, vol. 3, S. 109; ähnlich wohl auch Pontes de Miranda, vol. 5, S. 455.

Diese Differenzierung scheint mir von großer Bedeutung zu sein. Bei der gesetzlichen Regelung einer Wertabschöpfung aufgrund des Art. 19, III V. 1969 wird nämlich in der Regel nur eine außergewöhnliche Wertsteigerung zum Gegenstand der Ausgleichsabgabe gemacht.¹⁾ Fehlt eine solche Verordnung, so wäre die Berücksichtigung der Wertsteigerung allein beim Enteigneten eine verfassungswidrige Benachteiligung gegenüber den ebenfalls bereicherten Nachbarn. Der Staat kann nicht auf dem Wege der Enteignung das nachholen, was die Verfassung ihm mit dem Institut der "contribuição de melhoria" zu tun aufgibt. Dasselbe muß auch gelten, wenn etwa die Verordnung des Staates nur Wertabschöpfungen vorsieht, soweit der Mehrwert einen bestimmten Prozentsatz übersteigt. Würde beispielsweise die Grenze bei 15 % des alten Wertes liegen, so wäre es verfassungswidrig, wollte man dem Eigentümer, der einer teilweisen Enteignung ausgesetzt ist, auch eine Wertsteigerung von nur 10 % als entschädigungsmindernd nach Art. 27 BrEG anrechnen, während seine Nachbarn einen Gewinn haben, der keiner Abgabe unterliegt. Insoweit wäre der Gleichheitsgrundsatz des Art. 153 § 1 V. 1969 verletzt.²⁾ Eine Belastung darf dann nur für alle gemeinsam in einer erhöhten, dem neuen Wert angemessenen Grundsteuer erfolgen.

114. Benachbarte Grundstücke des Enteigneten, die eine selbständige wirtschaftliche Einheit bilden, sind kein Grundstücksrest im Sinne des Art. 27 BrEG. Ihre Wertsteigerung kann daher nur als entschädigungsmindernd berücksichtigt werden, wenn der Grundstücksrest in Zukunft mit ihnen eine Einheit bildet. Das ist beispielsweise bei Umlegungsverfahren denkbar.³⁾

1) E. Sodré, S. 88, spricht deshalb von "super-valorização".

2) C. Maximiliano, vol. 3, S. 110

3) Für einen solchen Fall (das Stauwerk von Furnas) sieht das Gesetz No. 4.176 v. 7.12.1962 ausdrücklich den Ausschluß des Mehrzwecks durch öffentliche Arbeiten vor.
(Fortsetzung s.S. 107)

Die hier wiedergegebene Unterscheidung, wie sie vor allem die Rechtsprechung aufgezeigt hat, scheint in der neueren Gesetzgebung keinen Niederschlag gefunden zu haben. Vielmehr sind wiederholt Gesetze ergangen, in denen der Abzug von Wertsteigerungen durch öffentliche Arbeiten und die ihnen zugrunde gelegten Planungen vorgesehen wird ohne Rücksicht darauf, ob es sich um "spezielle", nur das Enteignungsobjekt betreffende Werterhöhungen handelt.¹⁾ Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung auch diesen neuen Gesetzen gegenüber im Sinne obiger Unterscheidung durchsetzen wird.

115. Ebenso wie eine Wertsteigerung des dem Eigentümer verbleibenden Restes bei der Höhe der Entschädigung berücksichtigt werden kann, muß der Staat, der Gutachter wie der Richter auch eine Wertminderung des verbleibenden Restes mit in die Bemessung einbeziehen. Art. 27 BrEG nennt ausdrücklich auch die Entwertung des Restgrundstückes (depreciação da área restante). Art. 19 EdT enthält eine solche Regelung nicht, brauchte sie auch nicht zu treffen, da im Rahmen der Agrarreform dem Eigentümer das Recht eingeräumt wird, unter bestimmten Voraussetzungen seinen Eigentumsrest als wirtschaftlich unzumutbar dem Staat zur Enteignung - genauer wohl zur Übernahme - anzubieten, Art. 19 § 1 EdT.

So hat die Rechtsprechung anerkannt, daß dem Eigentümer der Schaden zu ersetzen ist, der durch eine Stückelung des Geländes (fracionamento) und die dadurch verursachte geringere Wirtschaftlichkeit entsteht.²⁾ Tritt eine Entwer-

Es ist nicht zu entschädigen, Art. 3 § 1.

Zum Vorteilsausgleich in Fällen der Umlegung vgl. für das deutsche Recht Forsthoff, S. 283 Anm. 5

- 1) Vgl. den zitierten Art. 3 § 1 des Gesetzes No. 4.176 und Art. 6 des Gesetzes No. 4.593 v. 29.12.1964 (Kampf gegen Trockenheit im Nordosten). Auch Art. 4 BrEG, der die Enteignung wegen Wertsteigerung zuläßt, ist ungeachtet der Verfassungswidrigkeit nicht ausdrückl. aufgehoben.
- 2) 3a. Câm. Civil do TJ de São Paulo v. 26.12.1961 in RF 208 (1964), S. 189/190. Ebenso im deutschen Recht, vgl. Körner, S. 95 m.w.N. u. Gelzer, S.122 ff, 261 ff u.330

tung des Restgrundstückes ein, so hat der Enteignungsführer den Eigentümer auch für diese Parzelle zu entschädigen.¹⁾ Das folgt nach Meinung von Oliveira e Cruz aus dem Sinn der Entschädigung nach Art. 153 § 22, das Vermögen des Enteigneten so zu beeinflussen, daß durch die Maßnahme der Enteignung kein Nachteil für ihn entsteht.²⁾

116. Andererseits muß auch der Eigentümer sich einer Wertsteigerung durch besondere Verwendungen auf die Sache enthalten, wenn das Enteignungsdekret veröffentlicht ist. Nach diesem Zeitpunkt sind nur noch die notwendigen Verwendungen (benfeitorias necessárias) zu berücksichtigen, die nützlichen (uteis) nur noch, wenn der Enteignungsführer sie genehmigt hat.³⁾ Auch unabhängig von der Veröffentlichung des Enteignungsdekrets sind Verwendungen und wertsteigernde Maßnahmen dann nicht zu entschädigen, wenn der Eigentümer von der bevorstehenden Enteignung Kenntnis hatte und mit dem Vorsatz der Wertsteigerung handelte und um eine höhere Schätzung zu erzielen.⁴⁾

Verwendungen des Mieters oder Pächters waren nach dem alten Enteignungsrecht nicht in den Ersatz des Eigentümers einzubeziehen, sondern unmittelbar den Mietern zu ersetzen unter entsprechender Verrechnung des Verschleißes.⁵⁾ Eine derartige ausdrückliche Regelung enthält das neue Enteignungsrecht nicht. Dennoch ist dem Enteignungsgesetz das gleiche Ergebnis zu entnehmen. Denn einerseits regelt es in Art. 31 die dingliche Ersetzung des enteigneten Gutes durch die Entschädigungssumme, soweit es um dingliche La-

1) 30. Grupo de Câm. Civil v. 21.12.1962 in RF 212 (1965), S. 180

2) Oliveira e Cruz, S. 76

3) Art. 26 § 1; § 1 spricht nur von desapropriação, meint damit aber unzweifelhaft die declaração de utilidade pública nach Art. 6 BrEG.

4) E. Sodré, S. 206

5) Art. 35 und 36 des Dekrets 4.956 von 1903

sten (direitos que recaiam sôbre o bem, vgl. Art. 738 CC) geht. Zu den dinglichen Rechten zählt aber der Mietvertrag auch dann nicht, wenn er grundbuchrechtlich gesichert ist gemäß Art. 1.192 CC. Andererseits stellt Art. 26 BrEG fest, daß in diesem Wert die Rechte Dritter gegen den Enteigneten nicht enthalten, nicht mitentschädigt sind. Daraus ist zu schließen, daß diese Dritten selbständig zu entschädigen sind. Dritte in diesem Sinne sind vor allem die Inhaber schuldrechtlicher Ansprüche, also auch die Mieter, Pächter oder sonstigen Besitzer.¹⁾

117. Der Besitzer ist selbst "Eigentümer" im Sinne des Enteignungsrechts. Das ist eine notwendige Konsequenz der Lehre zur Eigentumsgarantie des Art. 153 § 22 V. 1969, nach der jedes vermögenswerte Recht "Eigentum" ist. Der Enteignungsführer wird daher den Besitzer im Verfahren beiladen (chamar a juízo), da sonst der spätere Besitzeinweisungsbefehl (mandado de imissão de posse, Art. 29 BrEG) mangels Rechtskraft gegenüber dem Besitzer im brasilianischen Recht nicht durchsetzbar wäre.²⁾

118. Für die dinglichen Rechte, die eine Art Abspaltung oder Teil des Eigentumsrechts bilden, gilt daher das Prinzip der einheitlichen Entschädigung (princípio de unicidade da indenização). Sie sind von der Enteignung des Hauptrechts (Volleigentums) umfaßt. Dem entspricht der Schutz der Rechtsinhaber durch die dingliche Ersetzung nach Art. 31 BrEG. Inhaber schuldrechtlicher Ansprüche gegen den Enteigneten sind dagegen getrennt zu entschädigen. Ihre Rechte sind aus der Entschädigung ihres Schuldners - z.B. des Vermieters - auszuklammern, der Wert ist von ihr abzuziehen. Wie bei der Bemessung des Wertes des fundo de comércio das nicht zu berücksichtigen ist, was schon mit der Entschädigung für das Haus abgegolten ist, so ist anderer-

1) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 423

2) op.cit., S. 422

seits aus dem letzteren das ausgeschlossen, was der Vermieter durch eine Bindung für die Dauer des Mietverhältnisses gleichsam zum Wert des Betriebes abgegeben hat und den Wert des Mietausfalls übersteigt.¹⁾ Verwendungen des Mieters, Pächters oder sonstigen Besitzers sind diesen daher zu ersetzen, wenn nicht aus dem Rechtsverhältnis zum Vermieter sich ergibt, daß sie schon vergütet (z.B. "abgewohnt") sind. Die Konsequenz ist, daß der Enteignende, wenn ersichtlich zwei Rechtskreise betroffen sind - etwa der des Hauseigentümers und der des Ladeninhabers -, entweder eine Klage gegen beide (subjektive Klagenhäufung⁴⁾ ist erlaubt) oder zwei getrennte Klagen einreichen muß. Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nicht ohne weiteres auf beide. Dasselbe gilt für andere schuldrechtliche Ansprüche wie Durchgangsrechte, Fensterrechte, verlegte Leitungen, wenn sie nicht dinglich gesichert sind.²⁾ Die Beteiligung des Dritten am Enteignungsprozeß (oder zuvor an den Veräußerungsverhandlungen zwischen dem Staat und dem Eigentümer der Hauptsache) ist aber auch dann erforderlich, wenn er ein dingliches Recht hat. Die Ersetzung des Eigentums durch die Entschädigung nach Art. 31 BrEG berührt das dingliche Recht nur, wenn der Betroffene beigeladen war und sein Recht in der Entschädigungssumme berücksichtigt wurde. Gesah das Letztere ohne eine Beteiligung des Rechtsinhabers, so wirkt die Rechtskraft des Urteils nur zwischen den Parteien. Es hat keine Wirkungen gegen den Dritten. Der Staat muß gegen ihn mit einer neuen Enteignungsklage vorgehen, schon um den erforderlichen Titel für das Grundbuch beizubringen. In jedem Fall erlischt das dingliche Recht erst mit der Umschreibung des Eigentums und der Löschung durch Eintragung.³⁾

1) Vgl. die Subtraktion bei Pontes de Miranda, S. 422

2) op.cit., S. 423/424, 465 - 467

3) op.cit., S. 424

4) Vgl. E. Sodré, S. 170

120. Zu den Nachteilen, die dem Eigentümer aus der Enteignung entstehen, gehören vielfach aufwendige Nebenkosten, die mitunter einschneidender sein können als der unmittelbare Eigentumsverlust selbst. Nicht gemeint sind an dieser Stelle Schäden und Nachteile infolge anderer Maßnahmen, auch wenn sie sich auf den gleichen Gesamtplan stützen wie die Enteignung. Es sind Schäden wie etwa die Nachteile aus dem Bau einer Straße, Ausschachtungen, Niveauveränderungen.¹⁾ Hier geht es vielmehr um die Folgeschäden der Enteignung selbst. Eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage kennt das brasilianische Recht nicht. Doch sind auch sie überwiegend der Auffassung nach in der Regel zu ersetzen. So ist anerkannt, daß der Staat, wenn er ein Geschäfts- oder Betriebsgrundstück enteignet, auch die Kosten der Betriebsverlagerung zu ersetzen hat.²⁾ Das gilt für die Kosten des Ausbaus von Maschinen, für den Transport der Einrichtung sowie die Neuinstallierung an anderer Stelle. Insoweit ist im übrigen kein Raum für eine Schätzung durch Gutachter und Gericht, soweit die Kosten nachgewiesen werden und das Maß des Üblichen nicht überschreiten. Sie sind auch nicht mit Enteignungsentschädigung unmittelbar abgegolten, sondern hinzuzuzählen.³⁾

Der Grund für diese zusätzliche Entschädigung ist auch hier das Prinzip, den Betroffenen vermögensmäßig so zu stellen, als wäre die Enteignung nicht erfolgt, also vollen Ersatz zu leisten.⁴⁾ Dies gilt freilich nicht, wenn die Maschinen erst nach dem Erlass des Enteignungsdekretes eingebaut oder der Betrieb erst nachher eingerichtet wurde. Dem Eigentümer werden Werte, die er eingesetzt hat, um

1) Vgl. hierzu: C. Maximiliano nennt sie unmittelbar im Zusammenhang mit der Entschädigung für den Eigentumsverlust, vol. 3, S. 106.

2) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 477 ff

3) Pontes de Miranda, S. 478. Vgl. für das deutsche Recht § 96 BBauG und die Ausführungen bei Dittus, NJW 1965, 2180 f.

4) C. Maximiliano, a.a.O., S. 108; Pontes de Miranda, a.a.O.

die Entschädigung in die Höhe zu treiben, nicht ersetzt.

121. Ebenso wie die Kosten einer Betriebsverlagerung zu ersetzen sind, gebührt dem Enteigneten aber auch ein Ausgleich für den Stillstand seines Betriebes während der Verlagerung an eine andere Stelle. Zwar hat der Oberste Gerichtshof 1950 eine Entscheidung gefällt, nach der entgangener Gewinn (*lucros cessantes*) als Folge der Lähmung des Betriebes des Enteigneten während des Umzugs nicht in die Entschädigung einzubeziehen ist.¹⁾ Doch laufen die Kosten eines Betriebes weiter. Insoweit geht es bei einer Minderung der Einnahmen um echte Verluste im Sinne des negativen Schadensersatzes.²⁾ Die Rechtsprechung hat sogar unter der Vargas-Diktatur anerkannt, daß die Entschädigung für Enteignung den Preis (*justo preço*) der entzogenen Sache und zusätzlich alle Schäden erfaßt, die der Eigentümer in unmittelbarer und direkter Auswirkung der Enteignung erleidet.³⁾ Der entgangene Gewinn ist aber zumindest insoweit ein Schaden, als die Einnahmen unter den bisherigen Durchschnitt absinken.⁴⁾

Mit den zu ersetzenden Schäden sind auch die Unkosten gemeint, die dem Eigentümer mit dem Nachweis der Werte (Grundbuchauszüge, Schuldenfreiheitszeugnisse, eigene Gutachter etc.) entstehen.⁵⁾

-
- 1) STF v. 10.11.1950 in RF 150 (1953) S. 194
a.A. TJ de São Paulo in R dos T 193, S. 879
 - 2) Vgl. für das deutsche Recht BGH in NJW 1965, 1480,
der den Minderumsatz als entschädigungsfähig ansieht
 - 3) Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro v. 18.1.1944
in RF 98 (ano 41), S. 136 ff
 - 4) TJ de São Paulo a.a.O. und in RdT 324 (1962), S. 178-
181; E. Sodré, S. 198, Rz. 30
 - 5) Tribunal de Apelação de São Paulo v. 27.10.1942 in
RF 98, S. 111

Die Grenze der Ersatzpflicht des Staates ist erst da erreicht, wo die Aufwendungen des Eigentümers nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Enteignung stehen. Diese Abgrenzung dürfte nicht immer leicht zu ziehen sein. Die Gerichte halfen sich mit der Überlegung, die Frage, was der Entschädigte mit der erstatteten Summe mache, stehe nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der Enteignung. Deshalb seien Aufwendungen beim Erwerb eines neuen Ladengebäudes "entfernte und indirekte" Nachteile.¹⁾ Hier wird deutlich, wie schwierig die Abgrenzung von "direkten" und "indirekten" Schäden ist. Es will nicht einleuchten, wie einerseits die Kosten der Betriebsverlagerung zur Entschädigung zu zählen sind, die Ausgaben für den Erwerb eines neuen Ladenlokals aber nicht dazu gehören sollen. Die zuletzt genannte Entscheidung scheint mir in dieser allgemeinen Form überholt durch die Rechtsprechung zum "fundo de comércio" oder "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb".²⁾

Richtiger dürfte es daher heute sein, in die Entschädigung zumindest die Aufwendungen einzubeziehen, die üblicherweise bei der Verlagerung des Betriebs entstehen, und seien es auch Kosten für den Erwerb eines neuen Ladengrundstücks. Legt der Eigentümer die Entschädigung anderweitig an, so ist das seine Sache. Insoweit handelt es sich nicht mehr um die Wiederherstellung des alten Vermögensstandes. Unkosten bei einer individuellen Verwendung der Mittel jenseits dieser "Restauration" sind mit der genannten Rechtsprechung als mittelbarer Schaden nicht zu ersetzen. So haben denn auch die Gerichte anerkannt, daß grundsätzlich nach brasilianischem Recht die Wiederanlagekosten, die "fraus de remploi" des französischen Rechts, zu entschädigen sind. Neuere Urteile beziehen auch die Kosten eines neuen Gebäudes für den Industrie- oder Geschäftsbetrieb in die Entschädigung ein.³⁾

1) danos remotos e indiretos; Tribunal de Apelação de São Paulo v. 25.8.1943 in RF 98, S. 38

2) Vgl. oben Rz. 50 ff

3) TJ de São Paulo in RdT 228 (1954) S. 133 u. 223(1954) S. 223

123.

Das Enteignungsrecht ist für den Betroffenen häufig undurchsichtig und fremd. Er ist deshalb regelmäßig auf die Beratung durch einen Anwalt angewiesen. Sind ihm die Kosten hierfür immer zu ersetzen ? Über diese Frage ist lange gestritten worden. Bisweilen wurde die Ansicht vertreten, die Anwaltskosten seien notwendiger Teil der Enteignungsentschädigung und mit dieser als ein direkter Folgeschaden zu veranschlagen. Die Begründung war, daß die Entschädigung so umfassend wie möglich sein müsse.¹⁾ Die Rechtsprechung hat den Staat sogar die Zahlung der Anwaltskosten des Enteigneten auferlegt, wenn dieser sie nicht einmal forderte.²⁾ Die Literatur hat immer wieder gefordert, diese Kosten in die Entschädigung einzubeziehen und diesen zusätzlichen Anspruch unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet.³⁾ Gegen eine allgemeine Pflicht des Staates, in jedem Falle die Kosten des gegnerischen Anwalts zu übernehmen, sprechen aber die Art. 63, 64 CdeP, die nur in Fällen vorsätzlicher oder schuldhafter Schädigung eine einseitige Kostenbelastung vorsehen. Der Charakter der Vorschrift als Ausnahmeregel läßt eine Ausweitung auf den Enteignungsprozeß nicht zu.⁴⁾ Dagegen spricht auch die Vertragsfreiheit bei Anwaltsvereinbarungen, die in der Regel nicht von Gebührentabellen ausgehen. Es erscheint unbillig, dem Enteignungsführer Kosten zuzumuten,

1) STF v.18.11.1946 in RF 117, S.94; TJ do Distrito Federal in RF 117, S.157; TJ de São Paulo in RdT 183, S. 253; vgl. auch STF in RF 149 (1953), S. 297 und 346 (1964), S. 534

2) TJ de São Paulo in RdT 193, S. 298

3) Pontes de Miranda in früheren Auflagen. Yára Muller Leite, S. 49. Für den Vergleich mit der deutschen Rechtslage ist interessant, daß der BGH den Anspruch auf Ersatz eines Anwalts (auch für das vorhergehende Verwaltungsverfahren) zwar im Rahmen der §§ 96 Abs. 1 Nr.1 BBauG anerkennt, ihn für den § 43 prEnteignG und § 121 BBauG aber ablehnte und also auch die Ableitung unmittelbar aus Art. 14 GG, BGH NJW 1965, 1480, 1483 und WM 1964, 968, 972; kritisch Dittus NJW 1965, 1481

4) E. Sodré, S. 261, 263

auf deren freie Festsetzung er keinen Einfluß hat.¹⁾ Auch rechtspolitische Erwägungen stehen einer einseitigen Kostenlast des Staates entgegen; aufgrund der Enteignungserklärung tritt er mit dem Eigentümer in Verhandlungen über den Erwerb der betroffenen Güter.

Hält der Eigner den angebotenen Preis für zu gering, so ist nicht einzusehen, daß er nicht die Kosten tragen soll, wenn das Gericht ihm bescheinigen muß, daß seine Forderungen überhöht waren. Würden die Kosten immer den Staat treffen, müßte das die Eigentümer verleiten, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen und so die Durchführung der öffentlichen Planung zu verzögern.²⁾

Dem Tauziehen in Rechtsprechung und Literatur hat der Gesetzgeber 1956 ein Ende gesetzt, indem er Art. 27 BrEG geändert und die Frage der Kostenlast nach dem Prinzip entschieden hat, daß der Unterlegene sie trage : Das Urteil, das die Höhe der Entschädigung feststellt, verurteilt den Enteignungsführer, wenn die Entschädigung höher ausfiel als der von ihm angebotene Wert, das Honorar des Anwalts für den Unterschiedsbetrag zu zahlen.³⁾

Diese Lösung erscheint angemessen. Die Rechtsprechung hat sie in der Folgezeit uneingeschränkt angewandt und betont, der Staat schulde nur die Anwaltsgebühren als Entschädigung für Enteignungsfolgen, die dem Unterschiedsbetrag zwischen Angebot und Entscheidungsurteil entsprechen.⁴⁾

1) E. Sodré, a.a.O.; vgl. TJ de Minas Gerais v.19.5.1961 in RF 202 (1963), S. 205

2) E.Sodré, S. 264

3) Art. 27 § 1 BrEG, eingefügt durch Art. 4 des Gesetzes No. 2.786 v.21.Mai 1956. Dasselbe gilt gemäß Art.5 des Gesetzes No. 4.132 von 1962 auch für Enteignungen im "interêsse social".

4) TJ de São Paulo v.27.2.1959 in RF 187 (1960), S. 199

Honorarvereinbarungen des Eigentümers werden sich auf diesen Umstand einstellen müssen.

- Im Voraufgegangenen ist mehrfach die Regel hervorgehoben
124. worden, nach der die Entschädigung grundsätzlich den vollen Wert des entzogenen Gutes zu ersetzen hat. Dieser Grundsatz ist in der jüngeren Zeit immer häufiger angegriffen worden. Mit dem sich wandelnden Verständnis vom Wert und Inhalt des Eigentums im Sinne der Verfassung gerät auch die einst "heilige" Grundnorm uneingeschränkten Wert- und Schadensersatzes bei Enteignung mehr und mehr ins Schwanken. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß ein gewandeltes Verständnis von der sozialen Funktion des Eigentums und vom Wirkungskreis des Staates zu einer Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten der Träger hoheitlicher Gewalt auch nach brasilianischem Verständnis geführt hat. Das Eigentum wird ein nur mehr "bedingt geschütztes Interesse", dessen soziale Funktionen zu einer Beschneidung der Gebrauchs- und Verfügungsmöglichkeiten führen.¹⁾
125. Die brasilianische Literatur stützt sich bei der Anpassung dieser neuen Eigentumslehre an die besonderen Verhältnisse des riesigen Landes immer wieder auf die rechtsphilosophischen und juristischen Tendenzen Europas, auf die parallelen Entwicklungen in Lateinamerika und vor allem auch auf die Lehre der katholischen Kirche, wie sie in den Sozialenzykliken zur Frage des Eigentums dargelegt wird. Als ein Beispiel für viele andere sei hier ein Absatz aus dem Werk von I. Mascarenhas da Silva wiedergegeben, der nach der Darstellung und Interpretation der einschlägigen Stellen der Enzyklika Quadragesimo Anno für die brasilianische Eigentumslehre unter Berufung auf die portugiesischsprachige 2. Ausgabe von Radbruchs "Rechtsphilosophie" feststellt:
- "Für unsere Sicht der Dinge erscheint das Privateigentum heute schon als ein Feld völliger Hand-

1) F. Nero, S. 227

2) I. M. da Silva, Lehrbuch, S. 365 (Rz. 583)

lungsfreiheit, das von der Gemeinschaft der privaten Initiative der Einzelnen anvertraut wird, jedoch allein in der Erwartung, daß er davon einen Gebrauch im Sinne des sozialen Ganzen macht, bei Strafe des Entzugs des Eigentumsrechts, falls diese Erwartung nicht erfüllt wird. Der gründliche Radbruch lehrt es mit anderen Worten: "Das Eigentum ist ein beschränktes und bedingtes Recht geworden und hat aufgehört, ein Recht ohne Bedingungen und ohne Grenzen zu sein, ein "heiliges und unverletzliches" Recht, das sich selbst rechtfertigt".... Einstmals absolut, wird das Recht auf Individualeigentum von Tag zu Tag mehr begrenzt in seiner Ausübung durch neue Rechte, die in der Lehre, der Rechtsprechung und im Gesetz gebilligt und bestätigt wurden.

Diese Hierarchisierung der subjektiven Rechte, die nicht verwechselt werden darf mit der einstmals hierarchischen Struktur des Eigentumsrechts selbst, wird die Konflikte der subjektiven Rechte lösen können zu einem Triumph des Gemeinwohls. Das ist der Sinn der zeitgenössischen Entwicklung des Eigentumsrechts. Sie verwirklicht insoweit eine Moralisierung des Rechts...." 1)

Das sind sehr weitgehende Formulierungen, deren Konsequenzen nicht leicht abzugrenzen sein dürften. Sie sind wohl auch nicht in vollem Umfang als heute in Brasilien herrschende Auffassung anzusehen. Dennoch geben sie ein Gedankengut wieder, das in der einen oder anderen Ausprägung heute in allen brasilianischen Texten zum Problem der Eigentumsgarantie wiederkehrt.²⁾

Kernpunkt der Auseinandersetzungen um die Höhe der Entschädigung ist in Brasilien, wie allenthalben in Lateinamerika, die Dringlichkeit umfassender sozialer Reformen.

1) I.M. da Silva, Lehrbuch S. 366/367 (Rz. 584 - 5)

2) Vgl. auch die Formel von der "Demokratisierung des Rechts" bei O. Gomes in Rav. Bahia 1937, S. 46 ff, oder der "Demokratisierung des Eigentums", O. Gomes in RF 149 (1953), S. 9 ff, 15, oder in "Introdução ao Direito civil", S. 466 ff. Ebenso A. da Cunha in RF 134 (1951), der von der "sozialisierenden Tendenz des Zivilrechts" spricht; ders. in RF 150 (1953), S. 47 ff, zum "Neuen Begriff vom Eigentumsrecht". Für Italien vgl. Penazzato, Decline della proprietà? Nava, Trasformazioni della proprietà. Negro, Eigentum, München 1963, S. 210 f u. 230 f

Das Ausmaß dieses Problems einerseits und die Beschränkung staatlicher Mittel in einem sich stürmisch entwickelnden Land andererseits führen dabei zwangsläufig zu der Frage, ob die Lasten dieser Entwicklung und der potentielle wie der tatsächliche Reichtum des Landes gerecht verteilt seien. Von der Verneinung dieser Frage zu der Forderung nach einer Art nationalem Lastenausgleich ist dann kein weiter Schritt.

Im Zusammenhang mit der "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes" (por interresse social) wurde auf den Versuch des brasilianischen Verfassungsgebers hingewiesen, eine Neuverteilung vor allem des ländlichen Besitzes Brasiliens vorzunehmen. Ist diese Möglichkeit einmal geschaffen, so bleibt aber die Frage, ob der Staat angesichts der riesigen Entschädigungssummen überhaupt in der Lage ist, mit Enteignungen die vorgesehene Agrarreform durchzuführen. Woher soll ein Land, das seit langem seine Haushaltsdefizite durch galoppierende Inflation deckt, die Mittel nehmen, um bei einer umfassenden Neuverteilung des Grundbesitzes die Enteigneten zu entschädigen? Und wäre eine solche Umschichtung wirklich ein Lastenausgleich im Sinne sozialer Reform, wenn die Enteigneten vollen Ersatz für ihren unermesslichen Reichtum erhielten?

Damit ist das Prinzip der vollen Entschädigung in Frage gestellt. Rechtlicher Ausgangspunkt für eine Beschränkung ist in der brasilianischen Verfassungsnorm zur Eigentums-garantie ein Wort, das seine Urheber wohl gerade im Sinne des uneingeschränkten Ersatzes einfügten. Nicht immer hat in der Verfassung gestanden, die Entschädigung müsse "gerecht" sein. Nach der Verfassung des Kaiserreiches¹⁾ stand dem Bürger als Entschädigung für das entzogene Eigentum "der Wert desselben" zu. Die Verfassung von 1891

1) Art. 179, 22

sprach allein von der notwendigen vorherigen Entschädigung. Erst in der Charta von 1934 taucht der Zusatz "justa" auf und kehrt seither in allen Verfassungen wieder.¹⁾ Die alte Formel vom Wert des Eigentums als Entschädigung und selbst der bloße Begriff der "Entschädigung" war eindeutig. In beiden Fällen konnte mangels einer Einschränkung nur der volle Wertersatz gemeint sein. Der Eigentümer war so zu stellen, als sei ihm kein Nachteil zugefügt worden oder infolge der Enteignung entstanden. Was aber bedeutet dann der Zusatz, die Entschädigung habe "gerecht" zu sein? Dem Eigentümer mehr zu geben als vollen Ersatz, strebte niemand an. So wurde der Begriff lange fast einhellig als eine Bekräftigung der Entschädigungsklausel verstanden. Die Entschädigung war nach allgemeiner Auffassung dann gerecht, wenn sie vollen Ersatz gewährte. Der Zusatz "gerecht" war damit als ein Pleonasmus gedeutet und "eigentlich überflüssig". Auch heute noch sehen zahlreiche Autoren in Brasilien wie auch die Rechtsprechung das Ziel der Entschädigung in Anlehnung an die französische Lehre von der "opération blanche" im uneingeschränkten Schadensersatz.²⁾

127. Es scheint in der Tat so zu sein, daß der Verfassungsgeber von 1934, als er den Begriff der Entschädigung zu präzisieren suchte und "gerecht" hinzufügte, allein an das große Vorbild der Texte der französischen Revolution dachte, in denen das gleiche Wort auftauchte³⁾, und in der Tradition des Rechtsindividualismus dem Eigentümer größtmögliche Sicherheit gewähren wollte.⁴⁾ Immerhin ist aber

1) Art. 113, 17 V.1934; Art. 122, 14 V.1937; Art. 141 § 16 V.1946; Art. 150 § 22 V.1967

2) "Operação branca". A. Magalhães, S. 199 mwN. Gerade er hebt auf Seite 198 hervor, daß der Jurist in der Verfassung kein Wort als überflüssig ansehen könne, ohne aber deshalb in der indenisação justa ein Problem zu sehen.

3) Deklaration von 1789, Art. 17; siehe auch Art. 545 des französischen CC

4) de Lima, S. 21

auch eine andere Auslegung denkbar.

Wer nämlich von dem Grundsatz ausgeht, daß kein Wort in der Verfassung überflüssig ist, wird fragen, ob der Begriff der "indenização justa", wenn er nicht mehr bieten kann als den vollen Ersatz, den schon das Wort Entschädigung beinhaltet, nicht die Möglichkeit einräumt, in Ausnahmefällen nur einen Teil des objektiven oder subjektiven Eigentumswertes zu entschädigen. Die Frage ist demnach, ob nicht im Einzelfall soziale, nationale Interessen es als gerechtfertigt erscheinen lassen, eine beschränkte Kompensation zu gewähren. Der Zusatz "gerecht" könnte also zu einer Minderung der Entschädigungspflicht dienen.

Es erscheint in diesem Zusammenhang nützlich, vor der Betrachtung der brasilianischen Haltung zu dieser Frage auf einige Stimmen hinzuweisen, die außerhalb Brasiliens auf die Problematik eingehen.

128. Das Völkerrecht kennt offenbar keinen Grundsatz, nach dem der Schadensersatz im Falle staatlicher Eingriffe gegen ausländisches Vermögen immer vollständige Entschädigung zu bedeuten hat. Vielmehr wird von einer "angemessenen" Entschädigung gesprochen.¹⁾ Der Grundsatz der angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung, der sogenannte Mindeststandard, stützt sich hierbei auf die Erwägung, dem Ausländer könne nicht zugemutet werden, sein Eigentum in gleichem Maße dem nationalen Gemeinwohl unterzuordnen und möglicherweise zu opfern, wie einem Angehörigen des ent-eignenden Staates.²⁾

1) Böckstiegel, Grundsätze, S. 81 ff, 83; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, Rz. 1184 f; vgl. auch Annuaire 43 I, S. 54 ff und 54 II, S. 251 ff

2) Seidl-Hohenveldern, a.a.O.; Böckstiegel, Grundsätze, S. 77 ff

Möglicherweise ergibt sich aber gerade aus diesem Anknüpfungspunkt schon eine Einschränkung: Es ist nämlich fraglich, ob diese Unzumutbarkeit auch für das Vermögen gilt, das der Ausländer durch seine Einordnung in die nationale Wirtschaft erworben hat. Ist er nicht insoweit der nationalen Gefahrengemeinschaft unterworfen und nur nach nationalem Recht zu behandeln? Die Folge wäre, daß sich die völkerrechtliche Garantie, soweit sie nicht zugleich nationales Recht ist, nur auf das in das Land eingebrachte Vermögen bezieht. Daß dieser Gedanke für ausländische Firmen mitunter nur eine Teilentschädigung garantiert, liegt auf der Hand, wenn nicht nationales Recht ihnen mehr gewährt. Diese Möglichkeit einer Differenzierung läßt die völkerrechtliche Literatur, soweit ersichtlich, vermissen. Wenn auch mit der weitaus Überwiegenden Meinung die Lehre vom "National Treatment" für das vom Ausländer in das Gastland eingebrachte Vermögen abzulehnen sein wird, so bedeutet das nicht, daß später sein gesamtes Eigentum in diesem Land notwendig dem Grundsatz des "Minimum Standard of International Justice" als einer angemessenen, prompten und effektiven Entschädigung unterliegt.¹⁾ Dieses alternative Denken wird dem Problem ausländischer Investitionen nicht gerecht. Immerhin wäre eine unterscheidende Behandlung des eingebrachten Vermögens (und seiner Nachfolgewerte) einerseits und des im Rahmen einer nationalen Wirtschaft erarbeiteten neuen Vermögens, Mehrwertes etc. denkbar, auch wenn nicht verkannt werden soll, daß damit nicht alle Probleme einer gerechten Entschädigung im Enteignungsfalle erledigt sind.

Im übrigen ist im Völkerrecht ohnehin umstritten, ob der Mindeststandard in allen Fällen der Enteignung gelte.²⁾

1) Vgl. den Theorienstreit bei Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Den Haag 1949

2) Einige unumstrittene Ausnahmen nennt Böckstiegel, a.a.O., S. 79

Viele Staaten möchten ihn nur auf die klassische Enteignung, die Einzelmaßnahme mit örtlich beschränktem Ziel angewandt wissen.¹⁾ Vor allem bei Enteignungen kleinerer Werte gilt daher das Prinzip voller und prompter Entschädigung.²⁾ Dort aber, wo eine Pflicht zur vollen Entschädigung die Durchführung der Enteignung wegen der Höhe der Ersatzansprüche dem Staate unzumutbar oder gar unmöglich mache, gelte der Mindeststandard nicht. Damit versuchte man, vor allem sozialreformerische Enteignungen großen Stils (Agrarreformen) und Verstaatlichungen auszuklamern.³⁾

129. Vielfach wird als im Völkerrecht anerkannt nur noch der Grundsatz angesehen, daß überhaupt eine Entschädigung gewährt werden muß. Deren Höhe aber schreibe das Völkerrecht nicht vor.⁴⁾

Bei Verstaatlichungen unter der Labourregierung in England sind nach dem zweiten Weltkrieg zwar vorherige Entschädigungen gewährt worden, doch ersetzten sie nicht den vollen Wert. Dasselbe geschah 1946 in Frankreich. Auf diese Fälle verweist die brasilianische Literatur ebenfalls, wenn sie beschränkte Entschädigungen bei Sozialreformen zu rechtfertigen sucht.⁵⁾

130. Das Grundgesetz der Bundesrepublik, daran sei hier eben-

1) La Pradelle, Annuaire 43 I, 48 ff

2) Bäumke, S. 81/82

3) Vgl. Böckstiegel, S. 85 ff u. kritisch S. 91 ff; Oppenheim-Lauterpacht, S. 352

4) G. Dahm, VöR, S. 514 ff; andere sehen allgemein eine angemessene Entschädigung als allein völkerrechtsgemäß an, vgl. Böckstiegel, a.a.O., S. 89 ff m.w.N. Zu den besonderen Problemen im Rahmen der Dekolonisation vgl. Seidl-Hohenveldern in JZ 1964, S. 489 ff

5) Gonzaga do Nascimento e Silva in RDA 64 (1963), S. 298 ff, und de Lima, S. 140

falls erinnert, verlangt in Art. 14 GG nicht notwendig vollen Ersatz, sondern spricht von einer Entschädigung, die "unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen" ist. Auch das kann bedeuten, daß im Einzelfall, etwa im Rahmen einer Sozialisierung nach Art. 15 GG oder einer Bodenreform, das Interesse der Allgemeinheit nur teilweise eine Entschädigung erlaubt. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Fall, in dem es um Küsten- und Deichgelände ging, ausdrücklich festgestellt, daß nicht immer "durch die Entschädigung stets das volle Äquivalent für das Genommene gegeben werden muß" und der Gesetzgeber deshalb auch eine unter dem vollen Wert liegende Entschädigung vorsehen könne. ¹⁾

In einem Referat vor dem Deutschen Anwaltstag am 4. Juni 1965 hat Sellmann versucht ²⁾, die finanziellen Möglichkeiten des Staates und die Zumutbarkeit als Abgrenzungskriterien für die (entschädigungslose) Sozialbindung von der (entschädigungspflichtigen) Enteignung heranzuziehen. Auch hier wird das Prinzip des vollen Ersatzes aufgegeben zugunsten einer Interessenabwägung im nationalen Rahmen, die naturgemäß von einer wirtschaftlichen Lage des Landes abhängig ist. Wörtlich heißt es :

"Diese Pflicht zum Ausgleich kann und muß aber..... dann entfallen, wenn der Allgemeinheit die Leistungen dieses Ausgleichs faktisch nicht möglich ist oder bei verständiger Würdigung der Dinge nicht zugemutet werden kann...."

Progressive Steuern, Lastenausgleichsabgaben oder die Enteignung mit nur partieller Entschädigung kommen sich in der wirtschafts- und rechtspolitischen Begründung und Wirkung sozialen Ausgleichs sehr nahe. Die Zumutbarkeit wird im übrigen auch im Völkerrecht als Beschränkung der Entschädigungspflicht herangezogen. ³⁾

1) BVerfG in NJW 1969 (Heft 8), S. 309 ff, 316

2) Abgedruckt in NJW 1965, S. 1689 ff, 1694/95

3) Friedman, S. 2

131. Zu Hilfe kommt den Stimmen, die eine Teilentschädigung unter bestimmten Voraussetzungen als gerecht ansehen, auch ein Teil der modernen christlichen Soziallehre. In der katholischen Kirche mehren sich die Stimmen zur Eigentumsordnung, die im Falle einer Enteignung oder Sozialisierung, auch wenn sie ihrer Anwendung strenge Voraussetzungen voranstellen, die Höhe der Entschädigung den "besonderen Umständen" mehr als einem tatsächlichen Wert anpassen. So schrieb Pius XII, daß "die Sozialisierung die Verpflichtung zu einer angemessenen Entschädigung zugunsten aller Betroffenen mit sich bringt, die in Übereinstimmung mit dem, was die konkreten Umstände als gerecht und ausgleichend erscheinen lassen, zu erfolgen hat." ¹⁾

Einer der bekanntesten Interpreten der katholischen Soziallehre in Brasilien ist Pe. Charbonneau CSC. Er spricht bei seinem Versuch einer Anwendung der Lehre auf die speziellen brasilianischen Verhältnisse von zwei Kriterien einer gerechten Entschädigung. Es gehe einmal um den objektiven Wert (valor objetivo) des entzogenen Eigentums, daneben aber auch um eine Berücksichtigung der besonderen Umstände, um den "valor circunstancial". ²⁾ Dieser letzte Begriff ist nicht gleichzusetzen einem Situationswert oder dem, was im deutschen Recht als subjektiver Wert oder als "Ertragswert" angesehen wird. ³⁾ Es geht nicht um den besonderen Wert, den der Eigentümer dem Gut wegen seiner besonderen wirtschaftlichen Interessen, seiner subjektiven Lage beimißt. ⁴⁾

132. Der "Umstandswert" umfaßt diesen subjektiven Wert, berück-

1) Pius XII, Il nostro predecessore, v.11.3.1945 in AAS 37 (1945), 68 ff

2) Charbonneau, S. 381 ff

3) Vgl. Dittus, NJW 1965, S. 2179 ff;
BGH in MDR 1964, 830 = BBauBl 1965, 26

4) Charbonneau a.a.O.

sichtigt aber zugleich andere Faktoren, wie insbesondere die Herkunft des Eigentums und die besondere Lage des Staates. So ist in einem Land mit weiten Flächen, die bislang in niemandes Eigentum stehen, eine Unterscheidung zwischen neu angeeignetem, noch unerschlossenem Land und solchem, das schon seit langem in Privateigentum steht, denkbar. Wenn der Staat andererseits sein wirtschaftliches und soziales System reformieren will, so soll er bei der Entschädigung für Eigentumsverschiebungen auch "die Situation des nationalen Elends" berücksichtigen" können. Wörtlich fährt Charbonneau fort:

"Wir möchten meinen, daß nicht eine Entschädigung nach dem Grundsatz einer mathematischen Gleichheit gefordert werden kann, weil, wenn sie im Namen des Gemeinwohls erfolgt und der Staat der Schuldner ist, sie zu einem großen Teil abhängig ist von dem Prinzip der justitia distributiva und gemäß dem Grundsatz proportionaler Gleichheit (igualdade proporcional) durchgeführt wird." 1)

133. In diesen Formulierungen zeigt sich eine grundlegende Wandlung der Haltung der brasilianischen katholischen Kirche. Wie tiefgreifend der Wandel ist, zeigt ein Vergleich mit einem wenige Jahre zuvor erschienenen Buch zweier brasilianischer Bischöfe zur Agrarreform²⁾, in dem das Eigentum als unverletzliche und geheiligte Institution katholischer Lehre dargestellt wurde, auch wenn in der übrigen Kirche längst andere Akzente gesetzt worden waren. In ihrem 1960 erschienen Werk glauben die beiden brasilianischen Bischöfe darlegen zu können, daß alle bis dahin vorgeschlagenen Projekte einer Agrarreform mit der Bibel und der katholischen Glaubenslehre unvereinbar seien und ihre Vertreter sich an der Menschheit versündigten. Da der Versuch einer Agrarreform nichts anderes sei als der Beginn

1) Charbonneau, S. 383, vgl. auch S. 387 u.

2) Castro Mayer und Preña Sigaud S.V.D., "Reforma Agrária Questão de Consciência"

des Sozialismus, verstoße die Unterstützung solcher Gesetzesvorlagen letztlich gegen das Erste Gebot.¹⁾ Wie tief der Konflikt um eine soziale Lösung der schweren Probleme, insbesondere der Landbevölkerung, nicht nur die Politiker teilt, sondern auch die Vertreter der Kirche verwirrt, zeigt der Vergleich des zitierten Werkes mit einer jüngst veröffentlichten Äußerung des Erzbischofs von Cusco, der zum Projekt der peruanischen Regierung vom Juni 1969 betonte, wer die Agrarreform sabotiere, habe die Todesstrafe oder lebenslänglich Zuchthaus verdient.²⁾ Ähnliche Äußerungen brasilianischer Bischöfe würden heute kaum noch Aufsehen erregen.

Eine unterschiedliche Behandlung von in- oder ausländischem Kapital vermeidet Charbonneau. Die Nationalisierung sei substantiell von gleicher Natur, gleichgültig ob sie ausländische oder nationale Unternehmen treffe. Zur Stützung seiner Theorie beruft sich der Autor vom "valor circunstancial" auch auf Häring.³⁾ Es wird also anerkannt, daß einerseits subjektive Momente des Eigentümers die Entschädigung erhöhen, andererseits aber auch gefordert, daß soziale Belange, wie sie einstweilen kaum anders als im nationalen Rahmen wirksam durchgesetzt werden können, die Ersatzpflicht des Staates beschränken können.

34. So mehren sich heute auch die Stimmen brasilianischer Juristen, die in Ausnahmefällen eine nur teilweise Entschädigung für Enteignungen als gerecht ansehen möchten. Dabei

1) Castro Mayer/Proença Sigaud, S. 193, wörtlich: "Die "Agrarreform" zu unterstützen, ein Gesetz zu billigen oder anzunehmen, das sie unter uns einführen würde, das heißt ganz allgemein das Erste Gesetz der Zehn Gebote verletzen. In diesem Licht ist es leicht verständlich, daß die "Agrarreform" nicht nur eine wirtschaftliche Frage ist, sondern auch eine Gewissensentscheidung impliziert."

2) Dom Ricardo Durant Florez im September 1969, vgl. FAZ v. 7.10.1969

3) Charbonneau, a.a.O.; B. Häring, Moraltheologie, Bd.3, S. 610

konzentriert sich das Interesse auf die Fälle einer "Enteignung im Interesse der Sozialordnung des Landes", zumal sie sich insoweit auf die wiedergegebenen Stimmen außerhalb Brasiliens stützen.

Nicht nur das Eigentumsrecht selbst sei den gesetzlichen Schranken unterworfen, sondern auch die Entschädigungen könnten beschränkt und herabgesetzt werden, wie dies nicht anders beim Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung gemäß Art. 1537 bis 1553 CC geschehe.¹⁾ Es werde zu leicht vergessen, daß die Einnahmen des Staates aus der Arbeit resultierten und öffentliche Aufgaben und Arbeiten nicht durchgeführt werden könnten, wenn der Preis vernünftige Erwartungen überschreite, vor allem in Ländern, deren finanzielle Mittel armselig seien. So würde die Befriedigung der Interessen der gesamten Bevölkerung unbegrenzt aufgeschoben, weil einige wenige Mitglieder keine Einschränkung ihres Vermögens hinnehmen wollten. Insoweit, so wird hervorgehoben, wirke sich die Tendenz der brasilianischen Rechtsprechung, keinerlei Abstriche von der vollen Entschädigung gelten zu lassen, für die soziale Neuordnung des Landes hinderlich aus.

135. Für Enteignungen im "interêsse social" wird daher ein anderer Maßstab verlangt, als er für die klassischen Fälle der *necessidade* oder "*utilidade pública*" angemessen sei.²⁾ Schon 1956 wurde von einer Sonderkommission des brasilianischen Nationalkongresses versucht, Art. 147 der damaligen Verfassung zu ändern und "Maßstäbe und Form der Entschädigung der Regelung durch Gesetz" zu überlassen. Zur Begründung wurde vom Berichterstatter der Kommission im

1) C. Medeiros Silva, A desapropriação por interêsse social, in BES 4 No.5 (1953, S. 33, Rz.60 (auch in RDA 29, S. 1 f und RF 144 (1956), S. 144 f). Er verweist auch (S. 34) auf die Höchstgrenze für einen Ersatz bei Flugtransportschäden nach Art. 91 Codigo de Ar.

2) C. Medeiros Silva, a.a.O., Rz. 66 f

Kongreß ausgeführt, dem Gesetzgeber müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, für die gerechte Landverteilung "Kriterien zu setzen, die mit der Natur der gesetzgeberischen und sozialen Maßnahmen vereinbar seien". Auch das zielte nicht nur auf die Möglichkeit ab, die Entschädigung in Staatsanleihen auszuzahlen, sondern hätte auch eine Beschränkung des Umfangs der Entschädigungspflicht selbst durch einfaches Gesetz ermöglicht.¹⁾ Ohne eine Minderung der Ersatzpflicht sei angesichts der ständigen defizitären Haushaltslage Brasiliens die Agrarreform einfach nicht durchführbar.²⁾

36. In einer Gesetzesvorlage, die der Comissão Nacional de Política Agrária (CNPA) ausgearbeitet wurde, schlug sie für die Enteignung ungenutzten landwirtschaftlicher Bodens vor, die Entschädigung des Eigentümers auf dessen Kosten für Erwerb, Verwendungen und Steuern nebst gesetzlichen Zinsen zu beschränken.³⁾ Wenn auch der Vorschlag nur auf die Enteignung spekulativ erworbenen Neulands abzielte, bleibt doch bemerkenswert, daß nicht auf den Wert zur Zeit der Enteignung abgestellt wurde, sondern nur auf die Unkosten, die der Eigentümer selbst gehabt hatte. Die Entschädigung wäre dadurch vielfach auf einen Bruchteil des Wertes beschränkt worden.

Auch in der Vorlage der wenig später gestürzten Regierung Goulart vom 5.3.1964 wird versucht, die Entschädigung zu begrenzen. Als "gerecht" wird angesehen der Ersatz des ursprünglichen Wertes, des Aufwandes des Eigentümers, aufge-

-
- 1) Hermes Lima vor dem Kongreß, Diário Oficial vom 30.5. 1956, S. 10.774; vgl. auch RDA 46, S. 57 und RF 167 (1956) S. 52
2) C. Medeiros Silva in "Correio da Manhã" vom 7.5.1961; ebenso in Charta Mensal da CNC, No. 99, S. 7; vgl. für Lateinamerika allgemein Beyhaut, S. 323 f
3) Art. 5 § 1 des Entwurfs vom 26.12.1956, vgl. Raposo S. 106

wertet in Ausgleich des Währungsverfalls nach den jährlich festgestellten Inflationsraten.¹⁾ Für nichtgenutztes oder "antiökonomisch genutztes Land" gemäß Art. 8 I a) und b) sollte die Entschädigung als gerecht gelten, die dem Wert entsprach, den der Eigentümer selbst bei der Einkommensteuererklärung angegeben hatte.²⁾

Das Estatuto da Terra des neuen Regimes verwarf später diese Bindung. Dennoch bleiben die Versuche einer Teilentschädigung bemerkenswert. Dies um so mehr, als sich auch nach der Aprilrevolution gelegentlich einige Autoren für eine Berücksichtigung der sozialen Probleme und finanziellen Engpässe des Landes bei sozialreformerischen Entscheidungen aussprechen.

Insbesondere P. Jorge de Lima vertritt in seinem Werk zur Enteignung "por interesse social" die Ansicht, daß die ermäßigte Entschädigung eines der charakteristischen Merkmale dieses Enteignungstyps sei.³⁾ Das Prinzip der "operação branca" sei, wenn überhaupt, nur noch auf die Fälle der Enteignung aus "necessidade ou utilidade pública" anwendbar. Mit dem neuen Enteignungsmodus aber sei es unvereinbar, da es dem vom Verfassungsgeber zugrunde gelegten Prinzip der sozialen Gerechtigkeit widerspreche.⁴⁾

Wenn es darum gehe, Land zu enteignen, um Besitzlosen eine Existenz zu garantieren, verlange der soziale Ausgleich gerade den Entzug des Eigentums der Reichen ohne Ersatz oder unter nur teilweisem Ersatz, da sonst der Ausgleich illusorisch und der Staat mit seinen beschränkten Mitteln

1) Art. 9 § 1, vgl. Raposo, S. 141/2; ähnlich auch Art. 37 des Agrarreformgesetzes in Chile, Projekt vom 22.11. 1965, S. 61; vgl. auch die Agrarreformprojekte Perus, s. FAZ v. 2.6.69

2) Art. 9 § 2

3) "... a indenização mitigada constitui um dos característicos da desapropriação por interesse social", S. 22

4) op. cit., S. 22 und 140

überfordert sei. Der Ausweg sei in der "idenização miti-gada" zu suchen, der Teilentschädigung im Einklang mit dem sozialen Reformziel und mit den finanziellen Mitteln des Staates. Dies Prinzip soll zumindest für unbebautes oder unzureichend genutztes Land gelten.¹⁾

137. Daß derartige Rezepte in einem Staat, in dem die Öffent-lichkeit den Regierenden beständige Korruption vorwirft und den Staatshaushalt vor allem durch einen aufgeblähten Verwaltungsapparat als überlastet betrachtet, zu scharfen Kontroversen führen muß, braucht nicht hervorgehoben zu werden. Gerade die Frage, was dem Staat an Aufwendungen noch zuzumuten sei und was den Besitzenden an-gelastet werden kann, macht die Möglichkeit einer nur teilweisen Entschädigung zu einem Kernpunkt nationaler Auseinandersetzung.
138. Für den ausländischen Eigentümer ist von besonderem Inter-esse, daß de Lima das "nationale Interesse" als einen Fall des "interêsse social" ansieht und angesichts der steigenden ausländischen Kapitalanlagen in Lateinamerika in Fällen, in denen das ausländische Kapital "den nation-alen Interessen widerspricht oder auf sie keine Rück-sicht nimmt", die Enteignung "por interêsse social" für ein "legitimes Mittel der Verteidigung nationaler Unab-hängigkeit und des Fortschritts der Länder" hält, "in de-nen das ausländische Kapital Basen zur Beherrschung der internen Wirtschaft errichtet."²⁾ Auch in diesen Fällen gilt daher nach seiner Meinung nicht der Grundsatz vollen Ersatzes.
139. Noch handelt es sich bei solchen Stimmen ganz offenbar nicht um die herrschende Auffassung der brasilianischen Literatur. Ich möchte meinen, daß die weitaus überwiegen-

1) op. cit., S. 141

2) op. cit., S. 142/144

de Auffassung immer noch dahin geht, grundsätzlich vollen Wertersatz zu gewähren. Auch ist selbst bei den Autoren, die für eine nur teilweise Entschädigung eintreten, die Tendenz unverkennbar, den Ansatzpunkt ihrer Lehre bei dem zu nehmen, was sie mit den Sozialwissenschaftlern als einen Mißbrauch des Eigentums bezeichnen: Dort, wo das Eigentum zum Schaden der ganzen Nation nicht oder nur unzureichend genutzt wird, soll der Eigentümer gleichsam gestraft werden mit einem, wenn nicht ersatzlosen, so doch unter dem Wert ersetzten, Verlust des Eigentums. Insoweit gerät diese Art der Enteignung in die Nähe des "confisco", von dem die Abgrenzung nicht immer leicht sein wird.¹⁾ In der brasilianischen Rechtsprechung sind Fälle, in denen aus sozialreformerischem Anlaß nur eine Teilentschädigung gezahlt wird, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Das mag damit zusammenhängen, daß das derzeit eher konservative Militärregime von der Enteignung "por interesse social", wenn überhaupt, dann nur sehr zurückhaltenden Gebrauch macht und andere Wege der Agrarreform sucht.

140. Bei einer Erörterung der sozialen Hintergründe der immer wieder geforderten "indenização mitigada", der teilweisen Entschädigung, sollte auch nicht die bittere Erfahrung unerwähnt bleiben, die Brasilien mit einer besonderen Art der Enteignung hat machen müssen, mit dem der Aufhebung der Sklaverei durch Dekret vom 13. Mai 1888. Es mag für europäische Ohren zynisch klingen, wenn im Zusammenhang mit der abolição von Enteignung gesprochen wird, und in der Tat hat auch der Gesetzgeber bei Erlaß des Dekretes, das alle Sklaven zu freien Bürgern zu machen versuchte, diesen Begriff nicht verwandt.²⁾ Im Parlament aber wurden

1) de Lima, S. 23, glaubt, die Abgrenzung dadurch ziehen zu können, daß überhaupt eine - wenn auch teilweise - Entschädigung gewährt wird.

2) 1888 gab es ca. 723.500 Sklaven, deren Wert mit etwa 40.000.000 ₮ angegeben wurde, vgl. Marshall, S. 85

Forderungen nach einer Enteignungsentschädigung gestellt, die einen Entrüstungsturm der Abolisten auslösten. Der Großgrundbesitz hatte in der Auseinandersetzung um die Sklavenbefreiung zu lange gezögert, selbst Alternativen zum Ersatz der Sklavenarbeit zu finden. Der Süden, der in den Jahren 1883 bis 1893 etwa 900.000 europäische Einwanderer aufnahm, sah der Freiheit der Sklaven daher in der Regel gelassener entgegen als der Norden.

Soziologen und Historiker sind aber heute darin einig, daß der Staat unter dem Druck der Plantagenbesitzer und insbesondere der Kaffeeproduzenten alles getan hat, um ihnen die ausgefallenen und ohnehin nicht mehr rentablen Arbeitskräfte zu ersetzen und mit der massiven Förderung europäischer Einwanderer wie Kleinsiedler den Landadel für seinen "Schaden" zu entschädigen.¹⁾ Daß dagegen nichts unternommen wurde, den Sklaven, vornehmlich den Neger, auf seine Freiheit vorzubereiten und ihm den einsetzenden ungewohnten Konkurrenzkampf mit der ihm überlegenen Arbeitskraft der weißen Einwanderer überhaupt nur zu ermöglichen, hat bis heute jene katastrophalen Folgen der marginalen, durch Elend und Erniedrigung abgestumpften Elendmassen, die das schier unlösbare Sozialproblem des heutigen Brasiliens darstellen.

Der Grundbesitzer ist für seine verlorenen Arbeitskräfte schnell und wirksam entschädigt worden. Gerade diese volle Entschädigung in einem Fall, den viele Mitglieder des damaligen Landadels als "Enteignung" bezeichneten, hat die soziale Ungerechtigkeit der Zeit der Sklaverei eher verschärft. "Diese Verantwortung wiegt um so schwerer, als wir bedenken müssen, daß der Staat nicht nur aus dem System der Sklaverei Nutzen zog, sondern auch nach Abschaffung der Sklaverei nach der besten Methode suchte, die Gesellschaft

1) Dies gilt für den Norden nur mit Einschränkungen, da dort der europäische Siedler nur selten hingezogen werden konnte.

zu entschädigen, die aus eben diesem System ihren Gewinn gezogen hatte, wobei diese Bestrebungen in keiner Weise mit dem Prinzip der rechtlichen Gleichheit unserer Verfassung übereinstimmen."¹⁾ Das Bewußtsein, daß eine volle Entschädigung in vielen Fällen mit dem Prinzip der rechtlichen Gleichheit der Verfassung nur schwer vereinbar sein mag, ist in Brasilien gerade auch aus diesem geschichtlichen Zusammenhang heraus immer zu berücksichtigen und bei künftigen politischen Entwicklungen möglicherweise ausschlaggebend. Der Begriff der "zweiten Abschaffung der Sklaverei" zielt nicht unmittelbar auf Enteignungen.²⁾ Gerade bei Enteignungen im Interesse der Sozialordnung des Landes mag er aber eines Tages einen besonderen Klang bekommen, wenn es um eine gerechte Entschädigung geht.

1) Vgl. Florestan Fernandes, S. 61 ff, und das dort zusammengestellte umfangreiche Material, dem auch dies Zitat entnommen wurde (S. 88)

2) Vgl. Florestan Fernandes, S. 91

§ 6) DIE ART DER ENTSCHÄDIGUNG

141. Nach Art. 141 § 16 der Verfassung von 1946 konnte eine Enteignung nur gegen Entschädigung in Geld vorgenommen werden. Mit dem Zusatz "em dinheiro" reagierte der Verfassungsgeber auf eine Vorschrift des Enteignungsgesetzes der Diktatur von 1941, das die Öffentlichkeit erheblich beunruhigt hatte. In Art. 32 dieses Gesetzes hieß es:

"Die Zahlung des Preises (der Entschädigung) erfolgt in geltender Währung (*moeda corrente*). Doch kann die auch mit öffentlichen Schuldtiteln des Bundes vorgenommen werden, wenn der Gesetzgeber dies im Einzelfall vorsieht; die Titel müssen zur Börse zugelassen sein und werden auf der Grundlage des Kurses vom Vortage der Hinterlegung begeben." 2)

Die Möglichkeit der Tilgung der Entschädigungsschuld des Staates durch Schuldverschreibungen, Anleihen oder andere Schuldtitel beschäftigt seither die brasilianische Literatur. Auch in anderen lateinamerikanischen Ländern wird heftig diskutiert, ob eine Entschädigung durch öffentliche Schuldtitel zulässig ist.¹⁾

142. Wie in anderen Ländern, so schwankt die Auseinandersetzung auch in Brasilien zwischen zwei Interessen, dem des Eigentümers an einer prompten und deshalb voll nach seinem Gutdünken investierbaren Entschädigung einerseits und dem des Staates andererseits, vor allem bei umfangreichen Enteignungen im Rahmen der Agrarreform die Tilgungslast zu strecken und den überforderten Staatshaushalt zu entlasten,

1) Vgl. Art. 120 f des chilenischen Lei de Reforma Agraria, Reg. Textheft vom 22.11.1965, S. 91, und die dort autorisierten Typen besonderer "Bonos de la Reforma Agraria". Die Forderung nach Entschädigung in Geld findet sich auch in den Verfassungen von Guatemala von 1851, 1879 und 1956. Peru will seine Agrarreform teilweise gegen Schuldverschreibungen vornehmen, vgl. FHZ v. 2.6. und v. 3.10.69.

2) Unterstreichung durch Verfasser

um so eine Reform überhaupt erst zu ermöglichen.¹⁾ Das Erfordernis der Zahlung in Geld tauchte 1946 erstmals in der Verfassung auf. Es geht auf zwei Änderungsvorschläge in der Verfassungskommission zurück, von denen der erste die Übernahme des Grundsatzes des Art. 32 Satz 1 BrEG mit der Formel "in geltender Währung (em moeda corrente)" vorschlug. Wenige Monate zuvor hatte die Regierung ein Dekret-Gesetz erlassen, nach dem die Hälfte der Entschädigungen bei Enteignung durch Bundes-, Staats- oder Municipal-schuldverschreibungen (apolices) gezahlt werden sollte. Dabei war vorgesehen, die Papiere nicht zu ihrem Kurs zu begeben, was einer Barzahlung gleichgekommen wäre, sondern zum Nominalwert.²⁾ Als dann einige lokale Regierungen tatsächlich durch solche Titel entschädigten, führte das zu erheblichen Verlusten der Inhaber solcher Wertpapiere. Die bloße Ankündigung, den Markt mit weiteren Titeln für zahlreiche Enteignungen zu belasten, mußte einen Kurssturz bewirken. Diejenigen, die gezwungen waren, solche Papiere als Entschädigung anzunehmen, erlitten erhebliche Einbußen.³⁾ Das Plenum folgte dann der Formel "em dinheiro", die mit der gleichen Begründung vorgeschlagen wurde.⁴⁾ Der Gesetzgeber hat 1956 das Enteignungsgesetz der Verfassung angepaßt und Art. 32 BrEG neu formuliert:

"O pagamento do preço será prévio e em dinheiro"⁵⁾

Diese Form galt auch unter der Verfassung von 1967 uneingeschränkt für alle Fälle der Enteignung wegen "necessidade" oder "utilidade pública".⁶⁾ Damit entfiel eine Ent-

1) Vgl. für das deutsche Recht zur Naturalrestitution bei Landenteignung Forsthoff, S. 292, und zum Ersatz durch Wertpapiere Weber in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd.2, S. 331 f (1954).

2) Also in Abweichung von Art. 32 Satz 2 BrEG; vgl. die Motivation des Vorschlags durch Aliomar Baleeiro bei José Duarte, vol. 3, S. 39-41

3) C. Maximiliano, S. 114

4) Vorschlag des Padre Arruda Câmara, vgl. op.cit., S. 49

5) Gesetz N. 2.786, Art. 5, vom 21.5.1956; vgl. § 7 Satz 2 Preuß. Enteign.G: "Die Entschädigung wird in Geld gewährt."

6) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 454/5

schädigung sowohl durch Naturalrestitution als auch durch Wertpapiere oder andere Gegenwerte. Die Entschädigung hat auch nicht nur "in Geld" zu erfolgen, wie man wörtlich aber mißverständlich übersetzen könnte.¹⁾ Denn das ließe die Möglichkeit offen, die Geldsumme als eine Darlehensschuld des Staates festzusetzen und zu stunden. Die Zahlung ist vor der Enteignung in bar vorzunehmen. Ratenzahlungen scheiden daher aus.²⁾ Freilich blieb es dem Staat außerhalb des gerichtlichen Enteignungsprozesses unbenommen, eine andere Zahlungsweise, Ratenzahlungen oder überhaupt eine andere Art des Ersatzes zu vereinbaren.³⁾ Schon das königliche Dekret vom 21. Mai 1821 bestimmte, daß die Zahlung ausnahmsweise in Schuldtiteln erfolgen konnte, wenn der Enteignete sie annahm.⁴⁾ Ohne eine solche Einigung mit dem Eigentümer war jedoch auch nach der Verfassung von 1967 die Entschädigung nur in bar zulässig.

Die Fixierung dieses Prinzips in den Verfassungen von 1946 und 1967 ist von einem großen Teil der Literatur als unzweckmäßig angesehen worden. Die Art der Entschädigung sei nicht durch das Institut der Eigentumsgarantie vorgeschrieben. Es müsse daher dem Gesetzgeber überlassen bleiben, welchen Weg er vorschreibe, wenn nicht die Wahl sogar der Verwaltung im Einzelfall offenstehen müsse.⁵⁾

143. Anlaß für eine Revision der Verfassung war schließlich eben der finanzielle Engpaß bei der Vorbereitung einer Agrarreform. Gerade in diesem Zusammenhang zeigte sich,

1) Schnitzlein, S. 75

2) Pontes de Miranda, a.a.O.

3) C. Maximiliano, a.a.O.

4) Vgl. Rodrigues, S. 20

5) Th. Cavalcanti, Constit. Federal Comentada 1946, S.118 und 137; de Lima, S. 22 u. 156/7; vgl. die 1956 vorgeschlagene Verfassungsänderung in Diário Oficial I, v. 30.5.1956, S. 10.774/75, die die Regelung der Art und Zeit der Entschädigung dem einfachen Gesetz überlassen wollte.

daß zumindest bei Enteignungen im Interesse der Sozialordnung des Landes der finanzielle Aufwand bei einmaliger und sofortiger Barauszahlung untragbar wurde. Einen Ausweg bot allein die Zulässigkeit eines Ersatzes durch öffentliche Schuldtitel mit langfristiger Laufzeit.¹⁾ Welche Schwierigkeiten die bloße Diskussion des Ersatzes durch Schuldtitel politisch aufwarf, wurde schon bei der Erörterung der Enteignung im Sozialordnungsinteresse deutlich. Fast 16 Jahre nach der Einfügung dieser Enteignungsart in die Charta (Art. 141 § 16) versuchte die Regierung Goulart, dem Verfassungsauftrag des Art. 147 V.1946 mit einem Gesetz zur Regelung der Enteignung "por interêsse social" nachzukommen. Bis 1962 waren alle Versuche einer gesetzlichen Ausformung am Widerstand der Grundbesitzer gescheitert. Erst Goulart gelang ein Gesetz. Doch auch er wagte nicht, den Grundsatz der Barentschädigung anzutasten.²⁾ Bei dem Dekret ging es nur um ein Projekt der Superintendência de Reforma Agrária (SUPRA), der staatlichen Agrarreformbehörde.³⁾ Darin wurde die Enteignung von Grundbesitz entlang der neuen Autobahnen und Eisenbahnlinien vor allem im Interior geregelt. Diese völlig neuen Erschließungswege waren zu einem großen Teil im Zusammenhang mit der Gründung Brasília gebaut oder noch in der Planung. Sie führten über Tausende von Kilometern durch unerschlossenes Land. Die Trassen hatten einen unerhört spekulativen Grunderwerb bewirkt, bei dem die "Erwerber" für das kaum abgesteckte oder geschätzte Land riesige Wertsteigerungen mit der späteren Verkehrser-

1) Hermes Lima, Diário Oficial v. 30.5.1956, S. 10.774; de Lima, S. 153 f; C. Medeiros Silva, S. 7 f m.w.N.; I. Mascarenhas da Silva in RDA 82 (1965), S. 20 f; O. Barreto Filho in RDA 63 (19), S. 30 f, Rz. 3

2) Gesetz No. 4.132 vom 10. Sept. 1962; vgl. Anhang S.

3) geschaffen durch Gesetz vom 12.10.1962, Lei Delegada No. 11

schließung durch den Staat erhofften. Demagogische Äußerungen des Regimes über den Umfang der geplanten Enteignungen und Ungeschicklichkeiten einerseits sowie der massive Widerstand der enttäuschten "Pioniere" und die ebenfalls demagogische Formel der Opposition von "summarischen Enteignungen" andererseits besiegelten das Ende dieser Versuche einer schnellen Reform. Die Militärregierung widerrief nach dem Putsch vom 31. März 1964 das Dekret umgehend.

Diese Auseinandersetzungen veranlaßten aber das neue Regime, nun seinerseits die Agrarreform zu betreiben. Dabei stand das Prinzip der Barentschädigung im Wege. Im neuen Estatuto da Terra (EdT) wurde deshalb nicht mehr von ihr gesprochen und auf die Grundnormen der Verfassung verwiesen. Diese wurden am gleichen Tage durch die Emenda Constitucional No. 10 in der seit Jahren von allen Seiten diskutierten Form geändert. Art. 141 § 16 V.1946 erhielt zum Grundsatz der "indenização em dinheiro" den Zusatz "mit Ausnahme des in § 1 des Art. 147 vorgesehenen Falles".¹⁾

44. Die entscheidende Änderung fand Art. 147 V.1946, der den Auftrag zur "gerechten Verteilung des Eigentums, bei gleicher Chance für alle" enthielt. Ihm wurden sechs Paragraphen hinzugefügt. Die Entschädigung durch besondere öffentliche Schuldtitel (titulos especiais da dívida pública) wurde ausdrücklich erlaubt (§ 1), deren Laufzeit auf höchstens 20 Jahre beschränkt und ihr Nennwert einer jährlichen exakten Geldwertkorrektur unterworfen. Die Titel galten zudem als Zahlungsmittel für bis zu 50 % der landwirtschaftlichen Grundsteuer und können beim Erwerb von öffentlichem Grundbesitz an Zahlungs Statt begeben werden (§ 1). Diese Zahlungsart gilt nur für Enteignungen von verfassungswidrig genutztem Land (Sozialfunktion des Art. 147).

1) Art. 4 der Emenda v. 9.11.1964

Nur die Union kann Enteignungen nach § 1 vornehmen (§ 3). Die Entschädigung durch Schuldtitel ist zudem nur für Großgrundbesitz zulässig, der als solcher gesetzlich gekennzeichnet sein muß. Nützliche wie notwendige Verwendungen des Eigentümers auf den Grundbesitz sind in bar zu entschädigen (§ 4). Die Enteigneten sind von Veräußerungsabgaben befreit (§ 6).¹⁾ Diese Texte wurden mit geringen Änderungen in die Verfassung von 1967 eingearbeitet. Auch Art. 150 § 22 V.1967 blieb beim Grundsatz der Barentscheidung und machte eine Ausnahme nur für den Art. 157, VI § 1.²⁾

Die wiedergegebene Regelung der §§ 1 bis 6 des Art. 5 Emenda Const. wurde nahezu wörtlich übernommen. Danach kann die Union - und nur sie - (§ 3) - Enteignungen des nach Maßgabe des Gesetzes sozialwidrig genutzten Landes (§ 3) durch besondere öffentliche Schuldtitel vornehmen.

Lediglich die Geldwertkorrektur, die nach der Emenda gemäß den vom Nationalen Wirtschaftsrat festgesetzten Normen erfolgen sollte, unterliegt nun nicht mehr dieser verfassungsrechtlich bedenklichen Instanzenregelung. Nicht mehr diese Behörde spricht das letzte Wort über die jährliche Geldwertkorrektur, sondern die Verfassung selbst. Wenn sie eine Klausel über "exakte Geldwertkorrektur" vorschreibt, wird in Zukunft letztlich auch die Rechtsprechung gemäß Art. 153 § 4 V.1969 bei der Rücknahme der Papiere durch den Staat über die Frage entscheiden können, ob die von ihm angerechnete Geldentwertung ausreichend und "exakt" ermittelt wurde.

Im übrigen blieb auch 1967 die Einschränkung aufrecht erhalten, nach der nur bei der Enteignung von Großgrundbesitz eine Entschädigung durch öffentliche Schuldtitel er-

1) Art. 5 der Emenda; vgl. den Text in CLB 1964, vol.VII, S. 3 u. 4 und bei Barreto, S. 166 f

2) Pontes de Miranda, a.a.O.

laubt ist.¹⁾ Sowohl die Frage, was als "latifúndio" anzusehen ist, als auch die, welches Land verfassungswidrig genutzt wird (cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo), sind nur aufgrund eines Gesetzes zu beantworten (§§ 3 und 4).²⁾

Der Ausnahmecharakter der neuen Regelung macht deutlicher noch als das bisherige Recht, daß die Barentschädigung in allen übrigen Fällen der einzig zulässige Ersatz ist. Jede andere Entschädigungsart kann nur durch einen Vertrag der Parteien vereinbart werden, Der Eigentümer also, der eine Naturalrestitution wünscht, zum Beispiel ein Baugrundstück an anderer Stelle, wird versuchen müssen, den Enteignungsprozeß abzuwenden.³⁾

145. Die Verfassung vom Oktober 1969 geht noch einen Schritt weiter. § 22 des Art. 153 ergänzt den bisherigen Text der Eigentumsgarantie um einen Zusatz, der es dem Enteigneten freistellt, statt der Barentschädigung öffentliche Schuldtitel anzunehmen. Auch in diesem Fall muß es sich um Titel mit der erwähnten Klausel einer exakten Geldwertkorrektur handeln.

Auf den ersten Blick erscheint dieser Zusatz eine Selbstverständlichkeit : Wenn der Enteignete sich selbst freiwillig für Schuldtitel statt für Bargeld entscheidet, so kann die Individualgarantie des Eigentums dem nicht entgegenstehen. Es kann keinen Unterschied machen, ob er zunächst Geld annimmt und dann an der Börse "inflationssichere" Staatsanleihen kauft oder ob ihm von vornherein derartige Schuldtitel ausgehändigt werden, sofern er nur frei wählen kann.

Die Verfassungsänderung ist dennoch nicht unbedenklich. Im Rahmen einer Enteignung sind Entscheidungen des Betrof-

1) Art. 157, VI § 4

2) Vgl. auch die Legaldefinitionen im Katalog des Art. 4 EdT

3) Vgl. zur Tendenz zur Naturalrestitution Forsthoff, S. 292

fenen selbst in einem Rechtsstaat und unter geordneten wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen nicht immer so freiwillig, wie sie auf den ersten Blick erscheinen. Die Verflechtung wirtschaftlicher Interessen, die Inflationsgefahr, Steuerprobleme, politische Auseinandersetzungen und Pressionen bieten mancherlei Ansatzpunkte, aus dem freiwilligen Entschluß der zu Enteignenden eine aufgezwungene Annahme schlechterer Konditionen zu machen. Da die Entscheidung über die Notwendigkeit einer öffentlichen Maßnahme und damit der Enteignung immer auch politische Momente beinhaltet, sind die Gefahren, die aus "Wahlmöglichkeiten" und jeder Abweichung von schematisierten, vorgegebenen Lösungen entstehen, kaum hoch genug einzuschätzen. Je unstabiler der politische, wirtschaftliche und soziale Alltag ist, desto größer wird diese Gefahr.

Die Ergänzung des Verfassungstextes durch die Neufassung von 1969 ist daher zwar dogmatisch einwandfrei und rechtlich nicht zu beanstanden. In einer Zeit aber, in der Brasilien seit Jahren mit hohen Inflationsraten kämpft und auf absehbare Zeit kaum in der Lage sein wird, ihr Einhalt zu gebieten, ist auch die staatlich dekretierte Wertsicherung kaum ein genügender Anreiz zur Wahl von Staatsanleihen. Die Bodenpreise steigen schneller als der dekretierte Geldwert. Dies gilt vor allem für Bauland; und auch die neuere Übung der brasilianischen Regierung, in kürzeren Abständen abzuwerten und damit nahezu gleitende Paritäten zu schaffen, wird den Enteigneten schwerlich davon abhalten, sein Geld möglichst umgehend wieder in Immobilien anzulegen. Die Möglichkeiten schließlich, unter undemokratischen Regimen nach Gleichschaltung der Gerichte die Wahlfreiheit des Eigentümers zu mißbrauchen, können sowohl unter rechts- wie unter linksradikalen Systemen aus dem Zusatz in der Verfassung von 1969 die Eigentums-garantie zur Farce machen. Was zunächst wie eine größere Sicherung der Rechte und eine Freiheit des Eigentümers erscheint und vom Verfassungsgeber auch gewollt sein mag,

ist deshalb ein nicht ungefährliches Instrument bei Radikalisierungen des politischen Alltags.

Geht man allein vom Wortlaut der Verfassung aus, so handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift: Nur, wenn der Eigentümer selbst die Entschädigung durch Schuldtitel wählt, ist diese Art des Wertersatzes zulässig. Damit bekräftigt diese Verfassungsänderung den Grundsatz der Barentschädigung.

146. Wenn von Entschädigung "em dinheiro" gesprochen wird, so ist damit regelmäßig Ersatz in brasilianischer Währung gemeint. Dies ist für den Inländer unzweifelhaft. Für den Ausländer, der sich mit seinem Eigentum dem Wirtschaftsleben des Landes eingliedert, dürfte nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung mit Inländern das gleiche gelten. Lediglich dort wo die Eingliederung unvollkommen ist (Darlehn, Patente, Know-how) gilt der Grundsatz von der Garantie des Mindeststandards.¹⁾

1) Vgl. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, Rz. 1175 ff. In Peru erregte vor dem Putsch von 1968 vor allem die zunächst geheime Zusicherung der Regierung an die kanadisch-amerikanische JPC, die Entschädigung für entzogene Ölkonzessionen nicht nur bar in Raten zu zahlen, sondern diese Raten auf Dollarbasis zu sichern, die Gemüter der Öffentlichkeit, weil dadurch den "Yankees" mehr gegeben worden sei, als jeder Inländer erhalten hätte.

§ 7) DER ZEITPUNKT DES EIGENTUMSVERLUSTES

147. Den Eigentümer interessiert, hat er sich einmal auf den Verlust des Eigentums eingestellt, neben der Höhe der zu erwartenden Entschädigung vor allem auch der Zeitpunkt, zu dem ihm sein Eigentum endgültig entzogen wird. Für ihn ist mit dieser Frage vor allem das Interesse verknüpft, gemäß der Verfassung in vollem Umfang entschädigt zu sein, bevor er sein Gut verliert.

Auf der anderen Seite steht das öffentliche Interesse, das als notwendig erkannte und mit der Enteignung verfolgte Ziel möglichst bald zu erreichen, indem auch grundbuchrechtlich klare Verhältnisse geschaffen und der Staat, das Land oder das Munizip ins Grundbuch eingetragen werden.

Im Zusammenhang hiermit steht die Frage nach dem Verfügungsrecht des Eigentümers. Kann er über das Eigentum uneingeschränkt disponieren, wenn er Kenntnis von der bevorstehenden Enteignung hat oder gar das Enteignungsdekret schon erlassen ist? Kann er noch durch Verkauf veräußern? Kann er es, wenn er sich dem Enteignungsverfahren nicht gewachsen fühlt, noch verschenken? Kann er es noch belasten? Für den Staat ist unter Umständen nicht nur wichtig, ab wann er im Besitz der Sache ist - er kann nach Art. 15 BrEG die vorläufige Besitzeinweisung betreiben -, sondern in den Fällen, in denen er die Enteignung zum Zwecke der Wiederveräußerung vornimmt, muß auch geklärt werden, ab wann er beispielsweise bei einer "Enteignung im Interesse der Sozialordnung" das Grundstück teilen (lotação) und weiterveräußern kann.

Von der Entscheidung, wann das Eigentum auf den Enteignungsführer übergeht, hängt schließlich auch ab, wem die Früchte der enteigneten oder zu enteignenden Sache zustehen und bis wann.

148. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach dem

Zeitpunkt des Eigentumsverlustes ist auch hier die Verfassung selbst. Sie bestimmt, daß der Eigentümer vor Vollzug der Enteignung entschädigt werden muß. Daraus ergibt sich, daß das Eigentum frühestens mit der Auszahlung der Entschädigung oder, sofern der Eigentümer nicht eindeutig festgestellt werden kann oder die Annahme des Gegenwertes verweigert, mit der Hinterlegung der Summe gemäß Art. 33 BrEG übergehen kann.

Damit scheidet sowohl die bloße Dekretierung der öffentlichen Notwendigkeit oder des öffentlichen Nutzens als Anknüpfungspunkt für den Eigentumsverlust aus als auch das Urteil des Gerichts über die Höhe der Entschädigung im Enteignungsprozeß.¹⁾ In beiden Fällen ist die Entschädigungssumme weder gezahlt noch hinterlegt. Dies gilt auch dann, wenn die Summe zum Zwecke der einstweiligen Besitzeinweisung bereits hinterlegt sein sollte, zumindest dann, wenn das Werturteil noch nicht rechtskräftig ist. Die Hinterlegung ist aber auch schon deshalb nicht der von der Verfassung zur *conditio sine qua non* erhobenen vorherigen Zahlung gleichzusetzen, weil der Eigentümer die Summe nicht auslösen kann. Ihm werden vielmehr auf seinen Antrag hin nur 80 % der hinterlegten Summe ausgezahlt.²⁾ Aus dem gleichen Grunde scheidet selbstverständlich auch die bloße vorläufige Besitzeinweisung als Zeitpunkt des Eigentumsverlustes aus. Zwar kann der Enteignungsführer auf dem Grundstück beispielsweise schon mit dem Bau der Straße beginnen. Die Dringlichkeit der Maßnahme macht ihn jedoch nicht zum Eigentümer.³⁾ Der Besitzeinweisungsbefehl bezieht sich allein auf den Besitz. Dem entspricht auch, daß dem Eigentümer während des Enteignungsverfahrens die possessorische Klage gegen den enteignenden Staat zusteht, soweit dieser rechtswidrig sich in den Besitz der Sache

1) J. Mascarenhas da Silva, S. 161, Rz. 265; E. Sodré, S. 209 f

2) E. Chamoun, *Perda e Aquisição*, in RDA 76 (1964), S. 476 f, 483

3) Seabra Fagundes, op. cit., S. 213

gebracht hat. Nur der Besitzeinweisungsbefehl gibt dem Enteignungsführer das Recht, sich der zu enteignenden Sache zu bemächtigen. Auch hat er das Recht nur in dem vom Gericht verfüigten Umfang. Überschreitet er diesen Rahmen, so kann der Eigentümer hiergegen in Ausübung seines fortdauernden Realrechts nach wie vor einschreiten.¹⁾

149. Der Grundsatz der vorherigen Entschädigung ist im brasilianischen Recht seit langem überliefert. Schon die Verfassung von 1824 enthielt in Art. 179 Abs. 22 die Verpflichtung des Staates, dem Bürger das Eigentum nur nach vorheriger Entschädigung zu entziehen. Auch Art. 5 des Enteignungsgesetzes von 1826 verlangte, "den Eigentümer, bevor er des Eigentums beraubt wird, mit dessen Wert zu entschädigen." Die Verfassung der Republik von 1891 setzte in Art. 72 § 17 die gleiche Voraussetzung.

Das Enteignungsgesetz von 1903 unterschied zwischen der Enteignung als einem juristischen Verfahren und dem eigentlichen Eigentumsverlust und machte die Zahlung einer Entschädigung zum constitutiven Moment des Eigentumsübergangs: "Die Übertragung des Eigentums wird..... wirksam mit der Entschädigung seines Wertes....." Allerdings stand zu diesem Art. 9 der Art. 38 des gleichen Gesetzes in krassem Gegensatz, da hiernach erst die Besitzeinweisung durch den Richter das Eigentum übertragen sollte, nachdem die Frage der Höhe der Entschädigung gelöst und die Summe vom Eigentümer angenommen oder für ihn hinterlegt war. Diese Zweideutigkeit des Gesetzes hat die Literatur und Rechtsprechung lange beschäftigt.²⁾ Angesichts der klaren Aussagen auch in den neueren Verfassungen³⁾ herrscht kein Zweifel, daß die Zahlung der Entschä-

1) Pontes de Miranda, S. 480/483

2) Vgl. E. Chamoun, op. cit., S. 478 mit zahlreichen weiteren Nennungen; Solidônio Leite, S. 57

3) Art. 113 V.1934; Art. 122 u. 14 V.1937; Art. 141 § 16 V.1946 und Art. 150 § 22 V.1967

digung - oder ihre Hinterlegung, die nach Art. 33 BrEG der Zahlung gleichsteht - Voraussetzung des Eigentumsverlustes ist. ¹⁾

50. Geht man mit der herrschenden Auffassung davon aus, daß der Verlust des Eigentums die Zahlung der Entschädigung voraussetzt, so bleibt zu klären, ob der Eigentümer sein Gut schon mit der Zahlung, mit der nachfolgenden endgültigen Besitzeinweisung oder erst mit der Umschreibung im Grundbuch verliert. Hier stehen sich vor allem zwei Meinungen gegenüber. Nach der Auffassung insbesondere von E. Chamoun verleiht der Eigentümer bereits mit der Zahlung der Entschädigung sein Eigentum, wenn - die ordnungsgemäße Enteignungserklärung vorausgesetzt - die Höhe der Entschädigung vertraglich oder im Enteignungsprozeß durch rechtskräftiges Urteil endgültig festgesetzt ist. Das sei auch der Grund, weshalb das Gesetz in Art. 32 BrEG die vorherige Zahlung verlange und in Art. 33 die Hinterlegung der gerichtlich ermittelten Werte der Auszahlung gleichstelle. ²⁾ Nach dieser Auffassung wäre die Umschreibung im Grundbuch nichts anderes als eine Berichtigung, da das Eigentum schon vorher übergegangen wäre. Es fällt aber auf, daß Art. 29 BrEG nicht von einer Berichtigung spricht, sondern hervorhebt, daß nach dem definitiven Besitzeinweisungsbefehl das Urteil Grundlage der Umschreibung sein soll.

1) STF schon 1904 in "O Direito" 95, S. 60; Seabra Fagundes, S. 391; Pontes de Miranda, S.443; E.Chamoun, op.cit., S. 486 m.w.N.; J.Mascarenhas da Silva, S.158/159; a.A. offenbar E.Sodré, S. 212, der die Voraussetzung der vorherigen Zahlung als sinnwidrig kritisiert, da er annimmt, daß die Wertentscheidung im Enteignungsprozeß und das Endurteil identisch sind und dieses Urteil das Eigentum übertrage. Wäre das so, stünde man freilich vor der unüberwindlichen Schwierigkeit, daß der Preis nicht eher gezahlt werden kann, als er durch das Urteil feststeht. Sodré übersieht aber einerseits, daß das Gesetz in Art. 29 dem Richter die Überprüfung der Zahlung auferlegt und ihn erst danach zum Erlaß des Endurteils in Form eines Besitzeinweisungsbefehls ermächtigt, und andererseits, daß nach der gleichen Vorschrift das Urteil Titel für die Grundbuchumschreibung ist.

2) E. Chamoun, S. 486; Costa Manso in RDA 3, 348

151. Dieser Lehre stellt deshalb vor allem Pontes de Miranda die Auffassung entgegen, daß das Eigentum erst mit der späteren Umschreibung auf den Enteignungsführer übergeht. Nach dieser Meinung kommt es insbesondere auch nicht auf den Besitz an, soweit es um eintragungsbedürftiges Eigentum, also vor allem um Liegenschaften, geht. Der Besitzeinweisungsbefehl nach Art. 29 betrifft nur die Frage des (endgültigen) Besitzes, nicht das Eigentum. Letzteres geht ebenso wie jedes andere dingliche Recht an einer Liegenschaft (imóvel) nur mit der Umschreibung aufgrund des Urteils oder eines Vertrages (Art. 10 BrEG) dem Eigentümer verloren. Das Urteil allein genügt ebensowenig wie die Zahlung. Die Wirksamkeit der Enteignung hängt bei einem Grundbesitz somit von der Eintragung im Grundbuch ab.¹⁾ Dagegen genügt zum Verlust des Eigentums an einer beweglichen Sache das Urteil (oder der Vertrag) in Verbindung mit der Besitzeinweisung, soweit nicht das Gesetz besondere zusätzliche Erfordernisse aufstellt (insbesondere Register).

Der Haupteinwand gegen diese Lehre vom Erfordernis der grundbuchlichen Eintragung war, daß dann ein Dritter noch bis zur Umschreibung Eigentümer nach dem zu Enteignenden werden kann. Miranda entkräftet den Hinweis mit der Publizitätswirkung des Enteignungsdekretes. Der Erlaß hat zur Folge, daß ein Erwerb durch Dritte dem Staat gegenüber unwirksam bleibt. Das Urteil ändert hieran nichts. Wird der Dritte aufgrund seines Vertrages mit dem Eigentümer eingetragen, so bleibt der Erwerb relativ unwirksam, gleichgültig ob er vor oder nach Erlaß des Urteils erfolgt. Vom Zeitpunkt des Enteignungsdekrets an während seiner Gültigkeit (5 Jahre), Art. 10 BrEG, bleibt dem Staat die Möglichkeit, ein Enteignungsurteil zu erklagen oder auch einen Vertrag mit dem zu schließen, der zum Zeitpunkt des

1) Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 14, S. 250/251, und Comentários à Constit. de 1967, vol. 5, S. 480 ff

Erlasses des Enteignungsdekrets Eigentümer war, und sich aufgrund dieser Titel nach Zahlung des Wertes an den Alteigentümer eintragen zu lassen, solange er es nicht von sich aus vorzieht - etwa bei Kenntnis von der Veräußerung -, sich an den Erwerber zu halten.¹⁾ Damit ist auch die Frage nach der Verfügungsbefugnis des Eigentümers angeschnitten. Es steht ihm frei, nach wie vor sein Eigentum zu belasten, zu verschenken oder sonst zu veräußern. Das Enteignungsdekret (declaração de desapropriação) hindert ihn nicht daran, wenngleich er nur noch selten einen Geschäftspartner oder Interessenten finden wird. Der rechtsgeschäftliche Erwerber kann auch ins Grundbuch eingetragen werden, ebenso auch ein Erbe bei zwischenzeitlichem Tode des Eigentümers. Infolge der Publizitätswirkung des Dekrets muß aber der Erwerber damit rechnen, daß er das Eigentum wegen der relativen Unwirksamkeit wieder verliert, daser nur beschränkt wirksam erwarb.²⁾

Schwierigkeiten hat in diesem Zusammenhang der Aufbau des Brasilianischen Zivilgesetzbuches bereitet. Es nennt in Art. 590 ausdrücklich die Enteignung als Grund für den Eigentumsverlust. Dagegen wird die Enteignung in den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums, Art. 530 f CC, nicht genannt. Dieser Umstand vermag aber keine Argumente für die Frage nach dem Zeitpunkt des Verlusts zu liefern. Über ihn sagt das Zivilgesetzbuch nichts aus. Der Art. 590 CC spricht allein von der Wirkung der Enteignung, dem Verlust des dinglichen Rechts. Der Zeitpunkt ist daher nur dem Enteignungsrecht zu entnehmen. Wenn es das Urteil zum Titel für die Umschreibung macht, ohne auf den Zeitpunkt näher einzugehen, so kann das nur bedeuten, daß im übrigen das allgemeine Recht unangetastet bleibt. Nach Art. 589 § 1 CC geht aber das Eigentum mit der Umschreibung des Übertragungstitels im örtlichen Grundbuch verloren. Dasselbe gilt

1) Pontes de Miranda, S. 480

2) Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil, vol. 12, S. 218 und I. Mascarenhas da Silva, S. 159

für den Erwerb, für den nach Art. 530 CC ebenfalls die Eintragung aufgrund des Titels erforderlich ist.

Hiergegen wird eingewandt, das Argument aus § 1 des Art. 589 CC sei nicht stichhaltig, da die Umschreibung im Register nicht der einzige Weg des Eigentumserwerbs an Liegenschaften sei. Doch verfängt dieser Einwand nicht. Zwar nennt Art. 530 CC auch andere Wege des Eigentumserwerbs. Aber gerade weil sie aufgezählt sind, muß davon ausgegangen werden, daß grundsätzlich nur diese gangbar sind, soweit nicht ein Gesetz andere Arten des Erwerbs ausdrücklich schafft. Das war im Enteignungsgesetz von 1903 der Fall. Das heute geltende Recht aber begnügt sich damit, das Urteil zum Titel für die Umschreibung (- nicht zu einer Beweisurkunde für eine Berichtigung -) zu erklären. Damit wählt es den modus der Art. 589 § 1 und 530, I CC.¹⁾

152. Das brasilianische Recht trennt übrigens, wie schon aus dem Vorhergegangenen ersichtlich, den Vorgang des Verlusts von dem des Erwerbs des Eigentums. Dem, der gewohnt ist, im Regelfall den Verlust des dinglichen Rechts mit dem Erwerb durch einen anderen uno actu zu sehen, erscheint dies befremdlich. In der Tat kennt auch Art. 65 CC nur entweder "bens públicos" oder "bens particulares", also Eigentum der öffentlichen Hand (in der Form von Union, Bundesstaaten oder Munizipien) oder Eigentum Privater. Zu den bens publicos gehören die im Gemeingebrauch stehenden Meere, Flüsse, Straßen, Wege und Plätze (Art. 66, I), die im öffentlichen Funktionsgebrauch stehenden Gebäude und Flächen der öffentlichen Einrichtungen und Behörden (Art. 66, II) und das fiskalische Eigentum des Staates (Art. 66, III, bens dominicais). Man könnte daher meinen, daß jedes Eigentum im Zuge der Enteignung unmittelbar vom bisherigen Eigentümer auf den Staat übergehen muß. Aus der Trennung von Verlust und Erwerb im brasilianischen Privatrecht ist

1) a.A. Chamoun, a.a.O., S. 485

aber abgeleitet worden, daß der Verlust nicht notwendig zum Erwerb auf Seiten des Staates führen muß, daß vielmehr mitunter nur der Verlust des Eigentums eintreten kann. So sei es insbesondere, wenn die Enteignung mit dem Ziel erfolge, das Eigentum zu einem "Gut aller" (bem de todos) zu machen.¹⁾ Für unsere Frage nach dem Zeitpunkt des Eigentumsverlustes ist aber auch dies unerheblich. Gleichgültig, ob man der Meinung von Pontes de Miranda folgt, daß kein staatliches Eigentum, sondern ein Bem de todos entstehe, oder der angesichts der klaren Alternative in Art. 65 CC einleuchtenden Auffassung, daß mit dem Verlust des Eigentums durch den bisherigen Eigentümer der Staat Eigentümer ist, auch wenn er nicht eingetragen wird²⁾, so kann doch weder die eine noch die andere Meinung dazu führen, bezüglich des Verlusts nicht auf die Eintragung abzustellen. Angesichts der klaren Aussage des Art. 29 BrEG ist für den Zeitpunkt auf die Eintragung abzustellen.

53. Die Rechtsprechung hat infolge der textlichen Unklarheiten des Enteignungsgesetzes von 1903 bis hinauf zum Obersten Bundesgericht alle nur denkbaren Auffassungen vertreten.

Das Oberste Bundesgericht hat zunächst 1905 in Anwendung der Verfassung das Enteignungsrecht dahin interpretiert, daß weder das Enteignungsdekret noch das richterliche Urteil über den Wert des Eigentums zum Verlust desselben führen, da dieser von der Zahlung abhängt.³⁾ In zahlrei-

1) Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol.14, S. 256 und op. cit., S. 376, 386 und 485; Chamoun a.a.O. nennt den Erwerb des Staates "originär".

2) Chamoun a.a.O., S. 34/5. Seine Meinung, daß die Umschreibung nur bei fiskalischem Eigentum (Art.66, III CC) notwendig sei, ist unverständlich, da zu fiskalischen Zwecken nicht enteignet werden kann, s. oben S.59

3) STF vom 12.8.1905, zitiert nach Leite, S. 73; vgl. aber STF v. 10.9.1908 in RD 12, 76, wo unklar blieb, ob nicht schon das Dekret enteigne.

chen Entscheidungen haben sich dann die Gerichte an den Wortlaut des Art. 9 BrEG/1903 gehalten und entschieden, daß die Enteignung mit der Zahlung der Entschädigung wirksam werde.¹⁾ Das Oberste Bundesgericht hat auch gelegentlich entschieden, die Enteignung werde durch die endgültige Besitzeinweisung vollstreckt, die das Eigentum übertrage. Insoweit stützte es sich auf den Art. 38 des brasilianischen Enteignungsgesetzes von 1903.²⁾ Gegen diese Entscheidung läßt sich einwenden, daß dann im heutigen Enteignungsgesetz die Umschreibung mit Hilfe des Titels (Urteil) überflüssig und, wie erwähnt, allenfalls eine Berichtigung wäre, von der das Gesetz gerade nicht spricht.³⁾ In einer anderen Entscheidung hat das Oberste Bundesgericht sich der dargelegten Auffassung von Pontes de Miranda angeschlossen und die Umschreibung im Grundbuch als den Zeitpunkt des Eigentumsverlusts angesehen.⁴⁾ Diese Meinung verdient angesichts der Systematik des geltenden Enteignungsrechts und wegen ihrer Klarheit für die Publizität des Grundbuches entschieden den Vorzug. Wie das Enteignungsdekret allen Betroffenen vom Willen des Staates zu enteignen Kenntnis gibt, so hat die Eintragung im Grundbuch die Wirkung, jedermann vom Verlust des Eigentums und Vollzug der Enteignung unzweifelhaft zu informieren. Gleichzeitig wird ein zwischenzeitlicher Erwerb eines Dritten im Grundbuch gelöscht, so daß auch insoweit wieder Klarheit besteht über die tatsächlichen Rechtsverhältnisse.

154. Eine andere Frage ist, wann der Eigentümer sein dingliches Recht verliert, wenn nicht auf dem gesetzlich vorgesehenen

1) TA de São Paulo in RdT 21, 420 und viele andere, vgl. RdT 18, 93; 19, 128; 21, 130 und Revista do STF 18, 142; 50, 78 und AJ 69, 121; 70, 144

2) STF in RdT 72, 294 und STF (1924) in Revista do STF 79, 90

3) Vgl. auch die Kritik bei Diniz Junqueira, S. 25 und Leite, S. 143/144

4) STF in Revista de Direito 89, S. 264

Weg enteignet wird, sondern nur tatsächlich ein Vermögensverlust durch hoheitliches Handeln eintritt. Das brasilianische Recht spricht hier von indirekter Enteignung (desapropriação indireta).¹⁾

Insoweit bestehen in der Literatur vor allem zwei Strömungen. Nach der einen Auffassung geht das Eigentum erst mit der Intervention der Gerichtsbarkeit (zumeist auf Anrufung durch den Eigentümer) und/oder der Zahlung der Entschädigung auf den Staat über. Nach anderer Meinung genügt zum Verlust des Rechts seitens des Betroffenen schon der schlechte Verwaltungsakt der Zuordnung und Widmung des Gutes durch den Staat oder die tatsächliche Einverleibung in das öffentliche Vermögen.²⁾

Der Streit ist nicht leicht zu entscheiden. Eine allgemeine Auffassung scheint sich nicht durchgesetzt zu haben. In der Praxis kommt aber den Theorien keine praktische Bedeutung zu, da man sich faktisch der letzten Meinung anschließt. Einigkeit besteht insoweit, als der Ersatzanspruch jedenfalls mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Besetzung (ocupação) entsteht. Dieser Zeitpunkt ist deshalb grundsätzlich auch maßgebend für die Wertfeststellung.³⁾

Die Rechtsprechung hat immer wieder auf Art. 35 BrEG abgestellt. Nach dieser Vorschrift kann enteignetes Gut, nachdem es einmal dem Staatsvermögen einverleibt ist, nicht mehr herausverlangt werden, auch dann nicht, wenn die Ent-

1) Vgl. unten Rz. 156 ff

2) Vgl. die Darstellung bei Junqueira, S. 29 ff

3) Waldemar da Silva Morreira in RF 65, S. 550. Wegen der hohen Inflationsrate sehen aber in den letzten Jahren die Gerichte von diesem Zeitpunkt ab und erkennen auf einen "aktualisierten" Wert, also den Wert, den die Sache hätte, wenn erst heute der hoheitliche Eingriff erfolgen würde, vgl. unten S.

eignung nachträglich für nichtig erklärt worden ist. Vielmehr kann nur noch Schadensersatz verlangt werden. Sobald also die Sache dem domínio público einverleibt ist, verwandelt sich das Recht des Eigentümers in einen Anspruch auf den Wert der Sache. Der Anspruch wird als Substitut der Herausgabeforderung angesehen, ist dinglicher Art (real) und verjährt deshalb erst nach zwanzig Jahren.¹⁾ Dementsprechend haben die Gerichte entschieden, daß ein öffentliches Werk nicht wieder zerstört werden kann, auch dann nicht, wenn sich später herausstellt, daß beispielsweise die Straße auf fremdem Grund und Boden gebaut wurde.²⁾ Damit wird weitgehend auf die tatsächliche Einverleibung abgestellt. Dem entspricht, daß die Schuld des Staates grundsätzlich vom Zeitpunkt der Einverleibung des Privateigentums in das Vermögen des Staates an zu verzinsen ist. Hierbei darf freilich nicht übersehen werden, daß die Rechtsprechung sich mit der Berufung auf Art. 35 BrEG auf eine Vorschrift stützt, die angesichts des modernen Verfassungsrechts keine Rechtsgeltung mehr beanspruchen kann und in der neueren Literatur auch als verfassungswidrig bezeichnet wird.³⁾ Zwar entsteht mit dem Verlust der Verfügungsmöglichkeit der Ersatzanspruch als Surrogat. Dennoch erscheint es zweifelhaft, ob dieser Zeitpunkt auch als der des Eigentumsverlusts angesehen werden kann. Für diesen Zeitpunkt können auch nicht die Artikel 66 und 67 CC herangezogen werden, wonach öffentliche Güter unveräußerlich sind, ebensowenig Art. 69 CC, der sie für "fora de comércio" erklärt. Denn von der Frage des Eigentums ist zu unterscheiden die Widmung (afetação), die nicht notwendig eine Aussage über den Eigentümer macht. So wird eine Straßenfläche durch die Freigabe für den öffentlichen Gebrauch

1) Vgl. unten Rz. 162

2) STF in Revista do STF 15, 292; TJ de São Paulo in RdT 102, S. 687; TJ de Guanabara in RdT 355 (1965), S. 566

3) Vgl. unten/oben Rz. 160 und 162

nicht zu einem "Gut in Gemeingebrauch" nach Art. 66 CC (uso comum), solange das Wegebett noch in Privateigentum steht.¹⁾ Allein die Tatsache, daß man vom Wertersatzanspruch als einem Substitut des Eigentumsrechtes spricht und dem Eigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache selbst aberkennt, ist kein genügender Grund, den Zeitpunkt der tatsächlichen Besetzung, Beschlagnahme oder des Verbrauchs als den des Verlusts des Eigentums anzusehen.²⁾

55. Vielmehr entsteht eine Rechtslage "sui generis". Das Eigentum des "Enteigneten" geht nicht verloren, da er nicht wirklich enteignet wurde im Sinne einer Aberkennung des dinglichen Rechts. Das Grundstück oder sonstige Gut steht auch noch nicht im Eigentum des Staates, der es noch nicht erwarb. Auch dann, wenn der Herausgabe an den Privaten ein überwiegendes öffentliches Interesse an dem Fortbestand der "obra pública" entgegensteht, bleibt die Sache rechtlich Eigentum des Privaten, der lediglich nicht mehr aus dem Eigentum auf Besitzeinräumung klagen kann, wie ein Verkäufer etwa, der sein Gut dem Käufer schon übergeben hat und nun nur den Kaufpreis verlangen kann, nicht aber die Herausgabe der Sache, solange er nicht vom Vertrage berechtigt zurücktritt. Dogmatisch scheint daher die Ansicht richtig zu sein, nach der das dingliche Recht erst auf den Staat übergeht, wenn er den Wertersatz gezahlt hat. Das Urteil, das ihn aufgrund "indirekter Enteignung" zum Schadensersatz verurteilt und damit inzidenter die Herausgabe endgültig ablehnt, dient dann als Titel für das Grundbuch.³⁾

1) TJ de São Paulo in RdT 124, S. 570 ff

2) A.A. Diniz Junqueira, a.a.O.

3) Vgl. TJ de Guanabara vom 11.5.1964 in RdT 355 (1965), S. 567

§ 8) BESONDERHEITEN DER STILLEN ENTEIGNUNG
Desapropriação indireta
(Enteignungsgleicher Eingriff)

156. Neben der rechtmäßigen Enteignung im Sinne der Enteignungsgesetze von 1941 und 1962 und des Statuto da Terra von 1965 kennt das brasilianische Recht die sogenannte "indirekte Enteignung". Gelegentlich wird auch von einer "faktischen" oder "irregulären" Enteignung gesprochen.¹⁾

Zu unterscheiden hiervon ist der Begriff der "stillschweigenden" Enteignung. Unter ihn faßt E. Sodré ohne genaue Abgrenzung offensichtlich alle Arten von gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen mit den Fällen der "indirekten Enteignung" zusammen. Er spricht von "gesetzlichen Begrenzungen, althergebracht in der juristischen Überlieferung, die immer häufiger werden in dem Maße, in dem sich das Leben der Gesellschaft intensiviert...." In diesen letzten Fällen, die im deutschen Recht mit dem Begriff der sich beständig ausweitenden Sozialbindungen umschrieben werden, erfolgt keine Eigentumsübertragung und der Staat schuldet keine Entschädigung, soweit es um allgemeine Normen geht, die Inhalt und Wesen des Eigentums umschreiben.²⁾

Aber auch Sodré kennt den Begriff der "desapropriação indireta". Er faßt darunter alle Fälle, in denen ein außer-gesetzlicher Umstand dem Eigentümer sein Gut entzieht, ohne daß eine Enteignung gemäß den einschlägigen Gesetzen erfolgt, so etwa, wenn bei der Ausführung öffentlicher Aufgaben (serviços públicos) der Eigentümer in seinen Rechten verletzt wird, ohne daß er es verhindern kann, er es sogar dulden muß. Sodré spricht im Anschluß an die französische Literatur auch von "desapossamento administrativo", also von Besitzentziehung, oder von tatsächli-

1) J.A. Junqueira Diniz, S. 7

2) Vgl. E. Sodré, S. 106/107

cher Enteignung (desapropriação de fato).¹⁾

157. Merkmal der indirekten Enteignung ist somit, daß irgendein in Privateigentum stehendes Gut oder ein privates vermögenswertes Recht in öffentliches Eigentum oder das Vermögen des Staates überführt werden, ohne daß das hierfür vorgesehene gesetzliche Verfahren (processo legal) eingehalten wird.²⁾ Allerdings wird die Abgrenzung nicht immer scharf genug gezogen. So wird gelegentlich unter die "desapropriação indireta" auch der Fall einbezogen, in dem der Staat, vor allem das Munizip, durch Dekret zum Zwecke der Straßenerweiterung eine neue Fluchtlinie für bestimmte Straßen festlegt. Zur Begründung dient hier ein Abgrenzungskriterium, das dem französischen Recht entnommen ist, und nach dem eine indirekte Enteignung insbesondere dann vorliegt, wenn der Staat das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren dadurch nicht einhält, daß er sich der Sache bemächtigt, ohne vorher die angemessene Entschädigung bezahlt zu haben. So wird argumentiert, das staatliche Dekret, das neue Fluchtlinien festlege, beinhaltet schon einen Rechtsverlust des Grundeigentümers, der nun nicht mehr in der vorher erlaubten Weise bauen könne. Indirekt werde also der Eigentümer schon heute gezwungen, einen Straßenstreifen abzugeben, für den erst später entschädigt werde.³⁾

Das Kriterium der späteren Entschädigung erscheint jedoch nicht geeignet, die Regelfälle rechtmäßiger Enteignung von denen einer rechtswidrigen oder auch indirekten Enteignung zu unterscheiden. Zwar setzt die Verfassung grundsätzlich die vorherige Entschädigung voraus; eine nachfolgende Entschädigung wäre somit rechtswidrig. Die bloße

1) Sodré, S. 18 - 20 und 108 - 111; vgl. auch TJ de São Paulo in RdT 349 (1964), S. 135

2) Junqueira, a.a.O. und S. 71; Yara Muller Leite, S.13 f

3) Junqueira, a.a.O.

Festsetzung neuer Fluchtlinien mindert aber noch nicht das Vermögen des Betroffenen. Dies wird deutlich im brasilianischen Enteignungsgesetz, das gerade im Hinblick auf das Postulat der vorherigen Entschädigung das Planungsstadium von der rechtlichen Enteignung unterscheidet. Nach diesem Gesetz ist immer zunächst eine Enteignungserklärung - nach dem Estatuto da Terra e-in Planverfahren - notwendig. Die darin getroffenen Regelungen beinhalten zwar Entscheidungen über das Eigentum. Sie schaffen aber zunächst nur den staatlichen Anspruch auf Enteignung, das Recht zu enteignen. Dieser Anspruch kann noch nicht dem Verlust des Eigentums gleichgesetzt werden. Dekrete und Gesetze, die hierfür die Voraussetzungen schaffen, sind noch nicht eine Enteignung im Sinne der Verfassung. Denn ebenso wie jede vermögenswerte Rechtsposition Eigentum im Sinne der Verfassung ist, liegt eine Enteignung erst dann vor, wenn ein tatsächlicher Verlust im Vermögen des Geschützten eintritt. Soweit Dekrete und Pläne allein schon eine andere Rechtslage schaffen, sind sie nicht mehr als ein Ausfluß der Sozialbindung des Eigentums, zu der auch das Unterliegen unter staatliches Planen zum öffentlichen Wohle gehört. Ob der Staat von den Rechten, die ihm das Dekret oder der Plan einräumen, Gebrauch macht, bleibt ihm überlassen. Nutzt er diese Rechte nicht, verfallen sie nach fünf Jahren ersatzlos, Art. 10 BrEG. Auch das macht deutlich, daß der bloße Anspruch des Staates auf Enteignung noch nicht einem Eigentumsverlust gleichzusetzen ist. Die Maßnahmen aber, die sich später auf einen rechtmäßigen Plan stützen, indem der Staat aufgrund des Dekretes oder Planes die Enteignung einleitet, sind echte Enteignungsfälle, deren Verfahren und Entschädigung sich nach den einschlägigen Gesetzen richten.¹⁾

Dort aber, wo die hoheitlichen Eingriffe ohne dies Verfahren erfolgen, sei es, daß der Staat irrtümlich nur über

1) Whitaker, S. 32

eigenes Gut zu verfügen glaubt¹⁾, sei es, daß er bewußt oder unbewußt sich nicht an die gesetzlich vorgesehenen Wege hält, oder sei es, daß seine rechtmäßigen Maßnahmen unerwartete rechtswidrige, vom Geschädigten aber wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses hinzunehmende Folgen zeitigen, dort liegen Fälle der sogenannten indirekten Enteignung vor. Merkmal ist somit, daß der Eingriff in irgendeiner Weise ohne das gesetzlich vorgesehene Verfahren erfolgt. Die fehlende vorherige Entschädigung kann Indiz für einen rechtswidrigen Eingriff sein. Sie ist aber nur eines unter vielen Anzeichen.

158. Der typische Fall ist die Straßenbaumaßnahme mit nicht vorhergesehenen Folgen für einen benachbarten Eigentümer, ebenso der Bau einer Straße über fremdes, nicht öffentliches Gelände ohne vorheriges Enteignungsverfahren, und sei es auch gestützt auf ein gültiges Dekret oder auf einen ordnungsgemäß verabschiedeten Ausbauplan. Der Staat hat nach allgemeiner Auffassung nicht nur den Wert des ordnungsgemäß enteigneten Gutes zu entschädigen, sondern auch den Schaden zu ersetzen, der bei Amtshandlungen, Erdanschüttungen, beim Bau von Deichen und Stützmauern oder anderen notwendigen Arbeiten auftritt.²⁾

Es kann hierbei keine Rolle spielen, ob derartige Schäden bei dem regulär enteigneten Grundeigentümer auf dem ihm verbleibenden Restgrundstück oder auf dem Gelände eines Nachbarn entstehen. Das Gesetz sieht ausdrücklich die Enteignung des Luftraumes über und des Erdreichs unter einem Grundstück vor, soweit sie notwendig ist und aus dem Gebrauch dieser Eigentumsbestandteile dem Grundeigentümer ein Schaden entstehen würde, Art. 2 § 1 BrEG. In Verbindung mit Art. 4 BrEG gilt auch dies für den Grundstücksteil eines Nachbarn, wenn für ihn Nachteile zu erwarten

1) Sodr , S. 109

2) Carlos Maximiliano, S. 106

sind. Unterläßt der Staat diese Nebenenteignung im dafür vorgesehenen Verfahren nach dem geltenden Recht, so ändert das nichts an seiner Entschädigungspflicht.

Dasselbe gilt, wenn die handelnde Körperschaft es unterläßt, von vornherein die für die Entwicklung und Durchführung des Unternehmens auf einem eigenen oder enteigneten Grundstück notwendige benachbarte Zone mitzuenteignen. Nach Art. 4 BrEG muß das Enteignungsdekret (die declaração de utilidade pública oder der Plan) sie aufzählen und beschreiben. Auch hier kann der Staat sich der Entschädigungspflicht nicht entziehen, indem er diese Nachbarzonen im Dekret unberücksichtigt läßt. Werden sie später im Zuge der Arbeiten in Anspruch genommen, so liegt ein Fall der rechtswidrigen Enteignung, der "desapropriação indireta" vor.

159. Zu den Fällen der "indirekten Enteignung" zählt Sodré auch jene, in denen das erstinstanzliche Gericht der Klage des Staates stattgegeben und den Enteignungsführer in den Besitz eingewiesen hat, das Berufungsgericht aber das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen hat. Auch hier fehlt es mit der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils an einem rechtmäßigen Enteignungsverfahren, da das Berufungsgericht (unter Umständen rechtskräftig) feststellt, daß der Staat keinen Anspruch auf Enteignung hat. Da die Berufung des Eigentümers gegen das erstinstanzliche Urteil keine aufschiebende Wirkung hat, ist der Staat regelmäßig bei Abschluß der zweiten Prozeßinstanz bereits im Besitz des zu enteignenden Gutes und hat es im Sinne des Enteignungszweckes bereits verwendet. Der Herausgabe an den Eigentümer steht dann der "verwaltungsrechtliche Grundsatz entgegen, der die öffentlichen Unternehmen für unantastbar deklariert."¹⁾

1) So Sodré, S. 109

Nach Art. 35 BrEG geben auch diese Fälle keinen Anspruch
160. auf Herausgabe, da die öffentliche Maßnahme - etwa die fertige Straße - nicht rückgängig gemacht, das Bauwerk nicht zerstört werden soll. Hinter dieser Auffassung steht eine sehr starre Anwendung des Prinzips der Gewaltenteilung, nach der ein Gericht nicht das Handeln der Verwaltung widerrufen kann. Ob der Art. 35 BrEG mit den Grundrechten der Verfassung vereinbar ist, erscheint zweifelhaft. Er mutet eher als ein Relikt der Diktatur unter Vargas an.¹⁾ Immerhin wendet auch noch in jüngster Zeit die Rechtsprechung diese Vorschrift an und sieht die Aufgabe der Gerichte erfüllt, wenn sie dem Bürger eine Entschädigung zuerkennen.

Solange die Gerichte nicht bereit sind, auch insoweit eine volle Rechtskontrolle gegenüber der Verwaltung auszuüben und den Staat zur Rückabwicklung zumindest dort zu verurteilen, wo die Durchführung der öffentlichen Maßnahmen offensichtlich unrechtmäßig war, wird es richtig sein, diese Fälle anderen rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffen in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum gleichzustellen.

Eine rechtsstaatliche Entwicklung wird freilich zur Aufhebung des Art. 35 BrEG führen müssen. Dies um so mehr, als nach der zitierten Rechtsprechung für die Anwendung des Art. 35 BrEG die rein tatsächliche Einverleibung privaten Grundes in das staatliche Vermögen (Fazenda Pública) genügen soll. Die Inanspruchnahme eines Grundstücks durch eine Straße, Autobahn oder Eisenbahn macht aus dem Grundstück ein "bem público". "Die Herausgabeforderung wird dann in der Form eines Entschädigungsanspruches abgewickelt."³⁾

1) Vgl. Art. 153 § 4 V.1969. Pontes de Miranda, S. 416, hält den Art. 35 für verfassungswidrig.

2) TJ de São Paulo v.5.10.1961 in RdT 324 (1962), S. 178, 180

3) TJ de São Paulo in RdT 324, S. 180

161. Gelegentlich werden die Fälle unrechtmäßiger und tatsächlicher Enteignung so behandelt, als gehe es nicht um eine Enteignung, sondern um bloße Schadensersatzpflicht wegen Amtspflichtverletzung.¹⁾ Dem Eigentümer soll deshalb ein Schadensersatzanspruch zustehen, dessen Höhe sich nach den Art. 1.541, 1.543 CC richten.²⁾

Ob es sich um einen Ersatzanspruch nach dem Bürgerlichen Recht wegen unerlaubter Handlung oder um einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch nach dem Enteignungsrecht handelt, braucht letztlich nicht entschieden zu werden. Das positive Recht spricht eher für die letzte Ansicht, da das Enteignungsgesetz selbst in zwei Fällen einen Schadensersatzanspruch nennt.³⁾ Hierfür spricht vor allem aber die Einordnung dieser Ansprüche als Surrogat des verlorenen dinglichen Herausgabeanspruchs. Der Staat schuldet nämlich auch ohne den Nachweis eines schuldhaften Verhaltens allein schon wegen der Verletzung des in Art. 153 § 22 V. 1969 garantierten Eigentumsrechts im weiteren Sinne. Zum Anspruch des Geschädigten genügt der Einbruch in seine Eigentumssphäre.⁴⁾

162. Aus dieser unmittelbaren Verflechtung des Ersatzanspruchs mit dem verlorengegangenen Gut des Geschädigten hat die Literatur und mit ihr die Rechtsprechung geschlossen, daß es sich bei dem Anspruch aus indirekter Enteignung um einen dinglichen Anspruch eigener Art handelt. Er trete

1) culpa aquiliana; so C. Maximiliano, S. 119, 120 m.w.N.

2) Yara Muller Leite, S. 13 Art. 1.541 CC regelt, daß grundsätzlich Naturalrestitution notwendig ist. Ist diese unmöglich (faltando a coisa) ist dem Geschädigten Wertersatz zu leisten. Nach Art. 1.543 CC ist der Verlust nach dem gewöhnlichen Wert der Sache zu schätzen und nach dem Liebhaberwert (preço de afeição), soweit dieser jenen nicht übersteigt.

3) Art. 35 und 37 BrEG

4) Pontes de Miranda, S. 438, 487 und 453 unter Berufung auf Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. III, § 34 III 2

nach dem Wortlaut des Gesetzes an die Stelle des entzogenen Eigentums. Statt der Herausgabe kann der Eigentümer nurmehr Ersatz des Verlustes und Schadens verlangen:

Art. 35 BrEG: "..... Jedweder Anspruch, der für begründet befunden wird, verwandelt sich in einen Anspruch auf Schadensersatz."

Als ein Surrogat aber könne er nur dinglicher Art sein, "weil er auf dem dinglichen Eigentumsrecht am Grundstück, das entzogen wurde, beruht."¹⁾

Abgesehen von der Frage, ob die zwangsweise Eingliederung des privaten Eigentums in das Staatsvermögen (Fazenda Pública) wirklich, wie Art. 35 BrEG postuliert, unwiderlich ist, oder ob nicht vielmehr diese Vorschrift aus der Zeit der Vargas-Diktatur verfassungswidrig ist, wird der Eigentümer immer versuchen, den tatsächlichen Eingriff in seine Vermögenssphäre abzuwenden, wenn er von dem drohenden hoheitlichen Handeln rechtzeitig erfährt, oder einzuschreiten, bevor der Staat vollendete Tatsachen schaffen kann. Die Frage, ob öffentliche Arbeiten und ein hoheitliches Handeln durch Rechtsbehelfe und gerichtliche Hilfe unterbunden werden können, ist eindeutig zu bejahen. Insoweit gilt uneingeschränkt der Grundsatz der Verfassung, daß gegen jeden staatlichen Eingriff ein Rechtsweg und die Anrufung der Gerichte zulässig sein muß.²⁾ Gegen die Maßnahmen ist dementsprechend der Antrag auf einstweilige

163. Verfügung, notfalls auf Erlaß eines mandado de segurança gemäß Art. 153 § 21 der Verfassung zulässig. Ebenso sind grundsätzlich auch Klagen auf Unterlassung zulässig. Auch die einstweilige Verfügung kann auf Unterlassen weiterer

1) Diniz Junqueira, S. 15 ff m.w.N. und S. 32; TJ de São Paulo vom 5.2.1963, RdT 349 (1964), S. 135; und vom 31.8.1962, RdT 345 (1964), S. 183 (dem obiges Zitat entnommen ist) und in RdT 321 (1962), S. 414; 348 (1964), S. 162/163; 324 (1962), S. 178

2) Art. 153 §§ 4, 20 und 21 V.1969

Besitzstörung (interditos de manutenção), auf Wiedereinräumung des rechtswidrig entzogenen Besitzes (interditos de reintegração) oder auch bei drohenden hoheitlichen Maßnahmen auf Unterlassung schlechthin (preceito proibitório).¹⁾ Der Eigentümer kann freilich auf diesem Wege nicht notwendig die Abwendung der Maßnahmen auf Dauer erzwingen. Sofern der Staat sich auf einen Enteignungsgrund zulassigerweise berufen kann, wird der Eigentümer nur einen Aufschub erreichen, bis die Maßnahme in der gesetzlich vorgeschriebenen Form vorbereitet, ein entsprechendes Dekret erlassen und Enteignungsklage erhoben wird. Er kann aber erreichen, daß der Enteignungsführer, wenn er sein öffentliches Ziel weiter verfolgen will, den rechtmäßigen Weg einschlägt.

164. Eine andere Frage ist, wann der Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens entsteht. Die Besonderheit der irregulären Enteignung oder des enteignungsgleichen Eingriffs gegenüber dem gesetzmäßigen Verfahren besteht hier darin, daß der Staat eben nicht aufgrund eines Enteignungsdekretes oder eines "Planes" die Übertragung der Sache fordert und dafür den Gegenwert dem Eigentümer anbietet oder bei Gericht hinterlegt, sondern er einfach eingreift in das Vermögen des Eigentümers. Der Staat nimmt also bei der "indirekten Enteignung" das Eigentum vorab in seinen Besitz. Der bisherige Besitzer muß seinerseits versuchen, eine angemessene Entschädigung zu erhalten, die ihm in der Regel zunächst verweigert werden wird. Der Grundsatz der Verfassung, daß ein solcher Eingriff vorher zu entschädigen sei, wird gerade nicht respektiert. Dennoch ist ihm zu entnehmen, daß zumindest mit diesem Zeitpunkt der tatsächlichen Inbesitznahme der Ersatzanspruch entsteht.²⁾ Dies Ergebnis ist zumindest dann unzweifelhaft, wenn man

1) Vgl. E. Sodré, S. 110

2) Waldemar da Silva Morreira in RF 65, S. 550; Diniz Junqueira, S. 42

den Art. 35 BrEG trotz der verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁾ als geltendes Recht ansieht. Die zeitliche Grenze ist dann so zu ziehen, daß der Anspruch noch nicht zum Zuge kommt, solange die Handlung, die zur Einverleibung des privaten Gutes in das Vermögen des Staates (Fazenda Pública) führt, noch nicht abgeschlossen ist. Kann der Eigentümer noch mit einer einstweiligen Verfügung die Vollendung dieser Handlung verhindern, steht ihm der Ersatzanspruch noch nicht zu. Versagt dies Rechtsmittel dagegen, weil die Handlung bereits abgeschlossen ist, so hat der Staat bereits in sein Vermögen eingegriffen und ein entsprechender Ersatzanspruch ist entstanden.

165. Sieht man dagegen Art. 35 BrEG als verfassungswidrig an,²⁾ fragt sich, ob der Eigentümer zunächst auf die Klage auf Herausgabe verwiesen bleibt und er den Ersatzanspruch erst geltend machen kann, wenn die Herausgabe im Einzelfall wegen des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Maßnahme oder an ihrer Aufrechterhaltung ausgeschlossen wird. Es dürfte ihm aber insoweit ein Wahlrecht zustehen, ob er zunächst auf Rückgängigmachung des hoheitlichen Handelns oder unmittelbar auf Ersatz klagen will. Verzichtet er nicht auf die erste Möglichkeit, so bleibt ihm freilich anzuraten, auch bei einer Klage auf Herausgabe den Antrag auf Schadensersatz zumindest hilfsweise zu stellen.³⁾

Die Rechtsprechung hat sich in diesem Zusammenhang auch immer wieder mit der Frage beschäftigt, ab wann der Ersatzanspruch wegen rechtswidrigen Eingriffs in das Eigen-

166. satzanspruch wegen rechtswidrigen Eingriffs in das Eigen-

1) Vgl. oben S.

2) So die neuere Literatur, z.B. Pontes de Miranda, S.

3) Vgl. Art. 1.541 CC, wonach bei unerlaubter Handlung auf Wiederherstellung und Herausgabe geklagt werden kann, für den Fall der Unmöglichkeit wegen Untergangs aber auf Wertersatz. - Solange freilich die Rechtsprechung auf ihrer Haltung beharrt und Art. 35 BrEG für rechtmäßig ansieht, hat eine Klage auf Herausgabe und Naturalrestitution keine Aussicht auf Erfolg.

tum durch hoheitliches Handeln zu verzinsen ist.¹⁾ Maßgeblich ist für eine Verzinsung in der Regel der Zeitpunkt des Eintritts des Schadens. So sind Ersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung nach Art. 1.544 CC vom Zeitpunkt der Schadenshandlung (crime) an zu verzinsen. Dementsprechend wird auch im Fall der "indirekten Enteignung" in der Regel eine Verzinsungspflicht vom Zeitpunkt der tatsächlichen Besetzung (ocupação) des Grundstücks oder des sonstigen Eingriffs (z.B. apossamento - Besitzergreifung, Besitzstörung) an für recht und billig angesehen.²⁾ Die schnelle Inflation hat es jedoch mit sich gebracht, daß bisweilen die Schätzung des Wertes zum Zeitpunkt der "tatsächlichen Enteignung" dem Eigentümer eine völlig unzulängliche Entschädigung gewährt hätte, insbesondere wenn ein Zahlungsurteil möglicherweise erst Jahre nach dem enteignungsgleichen Eingriff des Staates rechtskräftig wurde. Das führte zu einem Abweichen vom Grundsatz des Wertersatzes nach Maßgabe des Zeitwertes des Eingriffs. Der alte Wert wäre auch dann ungerecht gewesen, wenn er ordnungsgemäß verzinst worden wäre. Dies gilt vor allem dann, wenn die Inflationsrate wie in den letzten Jahren den gesetzlichen Zinssatz bei weitem überstieg. Die legalen Zinsen belaufen sich auf 6 %, Art. 1.063 CC; dasselbe gilt für Verzugszinsen, Art. 1.062 CC. Die Inflationsrate bewegte sich aber bisweilen um 40 % jährlich. Eine Entschädigung konnte deshalb durch Verzögerung der Leistung oder des einschlägigen Prozesses in nichts zerrinnen. Die Gerichte gingen deshalb dazu über, den Wert zum Zeitpunkt der Schätzung im Prozeß oder auch einen mit Hilfe einer Verrechnung der Inflationsrate völ-

1) Vgl. oben S. 96

2) Yára Muller Leite, S. 13/14; TJ de São Paulo v. 31.8.1962 in RdT 345 (1964), S. 183 u. v. 5.10.1961 in RdT 324 (1962), S. 178 ff; Tribunal de Alçada de São Paulo, v. 22.8.1962 in RdT 340 (1964), S. 381; vgl. auch STF v. 15.4.1963 in RdT 343 (1964), S. 514 - 516

lig "aktualisierten Wert" zugrunde zu legen.¹⁾ Dementsprechend wurde in diesen Fällen für Recht erkannt, daß auch die Zinsen erst vom Zeitpunkt der Schätzung (avaliação)²⁾ oder aber erst vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils an geschuldet werden.³⁾

57. Die Einordnung des Ersatzanspruchs als dingliche Forderung hat besondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Frage nach der Verjährung dieses Anspruchs. Ginge man davon aus, daß es sich um eine schuldrechtliche Schadensersatzforderung handelt, so würde dieser Anspruch nach fünf Jahren verjähren. Nach dieser Frist verfallen (prescrição extintiva) die Schulden des Staates, gleichgültig ob der Anspruch sich gegen die Union, die Bundesstaaten oder die Municipien richtet. Die Frist beginnt mit dem Tag der Handlung oder des Ereignisses, auf denen der Anspruch beruht, Art. 178 § 1o Ziffer VI CC. Das Gesetz spricht in dieser Vorschrift ausdrücklich von "allen Forderungen jedweder Art" (toda e qualquer ação). Daraus ist geschlossen worden, daß auch dingliche Ansprüche nach fünf Jahren verjähren, soweit der Staat Schuldner ist. Auch wenn der § 1o des Art. 178 CC den allgemeinen und weiten Begriff der "débidas", der Schulden verwende, deute das darauf, daß hiermit nicht nur schuldrechtliche sondern auch dingliche Ansprüche gemeint seien.⁴⁾ Dagegen ist eingewandt worden, daß zwar der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe durch das Enteignungsgesetz inhaltlich in ein Recht auf Wertersatz umgewandelt werde, dennoch bleibe es derselbe (dingliche) Anspruch. Dann aber sei hinsichtlich des Surrogates seines Eigentums der Enteignete so zu stellen, als fordere er nach wie vor sein Gut heraus. Dieser Anspruch könne deshalb nicht eher verfallen als ein echter Herausgabeanspruch.

1) Vgl. oben S. 94

2) STF vom 15.4.1963 in RdT 343 (1964), S. 173

3) TJ de São Paulo vom 16.3.1961 in RdT 311 (1961), S. 344/347 und vom 31.8.1962 in RdT 345 (1964), S. 183

4) Diniz Junqueira, S. 15

Hierbei spielt es keine Rolle, ob man sich der Meinung anschließt, daß bei "indirekter Enteignung" das Eigentum schon durch den hoheitlichen Akt tatsächlicher Widmung dem Staatsvermögen einverleibt wird, oder ob man der Auffassung folgt, das Eigentum bleibe beim alten Eigentümer und gehe erst mit dem Abschluß des Entschädigungsverfahrens und der Zahlung des Ersatzes auf den Staat über. In beiden Fällen tritt der Anspruch an die Stelle der Herausgabeförderung. Ein solcher Ersatzanspruch kann daher nicht unter die Norm des Art. 178 § 10 Ziffer VI CC fallen. Auch Ziffer IX der gleichen Vorschrift, nach der ein Anspruch wegen Verletzung und Schädigung des Eigentumsrechts ebenfalls nach fünf Jahren verjährt, ist nicht anwendbar.

Somit ist der Enteignete so zu stellen, als verlange er nach wie vor die Herausgabe als Eigentümer. Dieser Anspruch aber würde erst nach 20 Jahren mit der Ersitzung enden gemäß Art. 550 CC.¹⁾ Nach dieser Vorschrift wird Eigentümer eines Grundstückes, "wer es 20 Jahre widerspruchlos als sein eigenes besessen hat, unabhängig von einem Titel zur Umschreibung im Grundbuch dient." Die Frist verkürzt sich auf zehn Jahre, wenn ein Rechtstitel vorliegt und der Besitzer gutgläubig ist, Art. 551 CC. Entsprechendes gilt für bewegliche Sachen, deren Ersitzung bei gutem Glauben nach drei Jahren, nach weiteren fünf Jahren aber unabhängig von einem Rechtstitel und gutem Glauben eintritt, Art. 618 und 619 CC.

Würde der Anspruch auf Herausgabe nicht inhaltlich durch Gesetz umgewandelt, so könnte der Alt-Eigentümer 20 Jahre lang die Herausgabe verlangen und diesen Anspruch erst mit Ersitzung durch den Staat verlieren. Auf den Ersatz-

1) Neu gefaßt durch Art. 1 des Gesetzes No. 2.437 vom 7. März 1955 in Diário Oficial vom 12. 3. 1953

anspruch ist dementsprechend die Frist des Ersitzens anzuwenden mit dem Ergebnis, daß dieses Recht wegen Besetzung eines privaten Grundstückes durch hoheitliches Handeln nach 20 Jahren ~~gesetzl.~~ im Falle der Besitzergreifung an, verjährt.

168. Auch die Rechtsprechung hat sich in diesem Sinne ausgesprochen und die fünfjährige Verjährungsfrist des § 17 des Art. 178 CC als unzulänglich angesehen. Da der Entschädigungsanspruch dem dinglichen Anspruch auf Herausgabe (*reivindicação*) entspreche, sei auch jener "dinglicher Art". Es bleibt bei demselben Anspruch, lediglich der Gegenstand der Forderung wechselt.¹⁾ Die fünfjährige Frist kommt deshalb nicht zum Zuge. Der Anspruch ist wie der dingliche Herausgabeanspruch zu behandeln.²⁾ Auch die Rechtsprechung geht hierbei von der Ersitzung aus und bezeichnet es als alte Tradition brasilianischen Rechts, daß die rechtsvernichtende Verjährung bezüglich des Ersatzanspruches nicht eher eingreifen könne als die "rechtsbegründende Verjährung" (*prescrição aquisitiva*) im Rahmen der Ersitzung.³⁾

1) TJ de São Paulo vom 1.4.1963 in RdT 348 (1964), S. 162 -163

2) TJ de São Paulo a.a.O. und schon in RdT 280, S. 205; 263, S. 128; 254, S. 178; 320, S. 181; 324, S. 180

3) TJ de Guanabara vom 11.5.1964 in RdT 355 (1965), S. 566 f

§ 9) VERFAHREN BEI DER ENTEIGNUNG UND EINZELFRAGEN

1. Vorbereitung der Enteignung

169. Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Enteignung ist auch im brasilianischen Recht die Feststellung eines gemeinen Wohls, das diese Enteignung notwendig macht. Die Verfassung kennt, wie erwähnt, drei Begriffe, mit denen sie dieses Allgemeinwohl umschreibt: die *necessidade pública*, die *utilidade pública* und das *interêsse social*. Die Tatsache, daß der Verfassungsgeber den Rahmen der Motive eines rechtmäßigen Eingriffs in das Eigentum umschrieb, macht jeden anderen Beweggrund unzulässig, der sich unter sie nicht einordnen läßt. Eine zusätzliche Einschränkung enthält das Enteignungsgesetz von 1941, mit dem der Gesetzgeber darüber hinaus eine gesetzliche Ermächtigung zur Enteignung gibt, aber auch verlangt. Damit ist der Exekutive ein engerer Rahmen gesteckt, als ihn die Verfassung mit ihren weiten Begriffen zieht.¹⁾

Aber auch das Gesetz zählt nur Gruppen und Arten von zulässigen Motiven auf, indem es die Begriffe *utilidade* (und *necessidade*) *pública* und *interêsse social* definiert.²⁾ Das Enteignungsgesetz verlangt darüber hinaus für jede Enteignungsmaßnahme eine Konkretisierung dieser Enteignungsmotive durch ein besonderes Dekret. Der Präsident der Republik, der Gouverneur eines Einzelstaates, der Interventor oder der Bürgermeister einer Stadt treffen die Feststellung, welchem öffentlichen Zweck die vorgesehenen Maßnahmen dienen sollen, durch die sogenannte "Enteignungserklärung", die *declaração de desapropriação* nach Art. 6 BrEG. Dem entspricht der "Plan" nach dem Bodenstatut (EdaT).

1) Vgl. unten Rz. 196 - 197

2) Art. 5 BrEG und Art. 18 EdaT

Die Notwendigkeit eines solchen Dekretes oder Planes erlaubt es dem betroffenen Eigentümer zu überprüfen, ob der Staat sich auf eines der rechtmäßigen Motive stützt und ob sein Gut und in welchem Umfang von dem beabsichtigten Unternehmen betroffen ist. Gleichzeitig dient es der Klarheit und damit auch dem Zweck, eine spätere gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen.

170.

Das Enteignungsdekret ist zwingende Voraussetzung jeder Enteignung. Unterscheidet man zwischen Systemen legislativer, exekutiver, richterlicher oder gemischter Enteignung, so folgt das brasilianische Recht einem Modell exekutiver Enteignung.¹⁾ Die Exekutive selbst stellt durch einen Erlass in Form der *declaração de desapropriação* fest, welches Privateigentum berührt werden soll. Das gilt für das Enteignungsgesetz von 1941 wie für den *Estatuto da Terra* von 1964 und das vorhergegangene Ausführungsgesetz zum "interesse social" von 1962. Eine Ausnahme machen diese Gesetze nur, wenn Eigentum der Staaten, Municipien, des Bundesdistrikts und der Territorien enteignet werden soll. In diesen Fällen verlangt der Gesetzgeber jeweils eine besondere gesetzliche Ermächtigung.²⁾ Eine weitere Ausnahme gilt, wenn der Gesetzgeber die Initiative an sich zieht. In diesem Fall kann er selbst einen entsprechenden Erlass als *declaração de desapropriação* erlassen. Der Verwaltung obliegt es dann, alle weiteren erforderlichen Schritte zur Ausführung zu unternehmen, Art. 8 BrEG.

Die alleinige Zuständigkeit der Verwaltung im Modellfall ist erst 1941 in das brasilianische Enteignungsrecht aufgenommen worden. Zwar hatten seitlich der Gesetzgebung später auch die Rechtsprechende Gewalt auf Antrag der Verwal-

1) Vgl. die Unterscheidung bei E. Sodré, S. 51

2) Art. 2 BrEG; Art. 5 des Gesetzes von 1962 verweist ebenfalls auf Art. 2 BrEG; Art. 20 Edat

tung und nach Anhörung der Betroffenen das Vorliegen eines Enteignungsgrundes durch Gesetz oder Urteil festgestellt. Diese Formen hatten den Eigentümern erheblich größeren Schutz gewährt und ihnen eine Diskussion der Projekte vor ihrer Fixierung ermöglicht. Für Verwaltungen, die sich umfangreiche Maßnahmen wie etwa Stadtsanierungen vornahmen, waren mit dieser Methode freilich schwerwiegende Verzögerungen und Behinderungen verbunden. Vielleicht waren die alten Systeme extrem eigentumsfreundlich. Das autoritäre Vargasregime verfiel in das gegenteilige Extrem und schaltete praktisch jegliche Beteiligung oder Anhörung der Betroffenen aus, und sei es auch in der gemäßigten Form der Anregungen und Bedenken, wie sie nach dem Bundesbaugesetz in Deutschland den Betroffenen schützen.

171. In der Literatur ist das noch heute geltende System umstritten. Bisweilen wird der Regelung im Enteignungsgesetz zugestimmt und betont, es sei sinn- und bedeutungslos, ja bisweilen sogar schädlich, den interessierten Laien an der Erörterung der öffentlichen Vorhaben zu beteiligen. Wenn es auch zu begrüßen sei, wenn die Verwaltung die Bürger rechtzeitig in Kenntnis setze, so sei doch nicht einzusehen, daß diese Information und Anhörung gesetzliche Voraussetzung der endgültigen Planfeststellung und Entscheidung werden müsse.¹⁾

In jüngerer Zeit mehren sich aber auch Stimmen, die anerkennen, daß Kritik aus der Öffentlichkeit und seitens der Betroffenen dazu beitragen kann, bessere Lösungen zu finden und vor allem unbeabsichtigte Härten zu vermeiden.²⁾

So wurde wiederholt die Anhörung und Information schon während der vorbereitenden administrativen Phase gefordert.³⁾

1) E. Sodré, S. 55 - 56

2) Vgl. Raposo, S. 56 und 107 und die dortige Vorlage

3) Confederação Rural Brasileira, ebda.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, was der Anhörung der Betroffenen entgegenstehen soll, solange letztlich unabhängige Stellen darüber entscheiden, ob ihren Bedenken und Vorschlägen gefolgt werden kann oder nicht. Sowohl ein exekutives als auch ein gesetzgeberisches System der Planfeststellung würde dadurch nicht behindert. Dem Argument, ein gesetzgeberisches Organ sei weniger von Interessen beeinflussbar als die Verwaltung, wird allerdings gelegentlich entgegengehalten, daß gerade auch die Abgeordneten gegen Versuche, Druck auszuüben oder Privatinteressen zu vertreten, wenig immun seien.¹⁾

172. Das Dekret muß nicht nur die zu enteignenden Grundstücke enthalten, sondern soll auch die benachbarten Flächen bezeichnen, die während der Ausführung des Unternehmens vorübergehend oder teilweise gebraucht werden, dem die Enteignung dienen soll, Art. 4 BrEG. Die gleiche Vorschrift sieht vor, daß auch die Grundstücke zu beschreiben sind, die infolge der beabsichtigten Arbeiten in ungewöhnlichem Maße in ihrem Wert steigen. Hierbei soll nach Art. 4 das Dekret unterscheiden zwischen Flächen, die in Zukunft für öffentliche Zwecke benötigt werden, und denen, die wieder verkauft werden sollen. Ziel der Vorschrift ist es zu vermeiden, daß mit Hilfe öffentlicher Investitionen einzelnen Personen Gewinne zuwachsen. Auf die Bedenken gegen diese Vorschrift wurde bereits hingewiesen.²⁾ Folgt man der hier vertretenen Auffassung, daß derartige Wertabschätzungen durch Enteignung verfassungswidrig sind, nachdem die Verfassung ein eigenes Institut zu diesem Zweck geschaffen hat³⁾, so entfallen Enteignungen von Zonen. Nur die contribuição de melhoria und das erwähnte Abwehrrecht des Eigentümers, die Übernahme der Flächen zu verlangen,⁴⁾ können es auch heute zweckmäßig erscheinen, daß im Enteignungsdekret

1) E. Sodré, S. 58

2) Vgl. oben Rz. 112 und die Kritik bei Pontes de Miranda, S. 418/419 und Sodré, S. 88 und 96

3) contribuição de melhoria, Art. 18 II V.1969

4) oben Rz. 112

die erwähnte Unterscheidung getroffen wird. Fehlt sie, so ist eine Enteignung unzulässig, da es an einer gesetzlichen Voraussetzung mangelt.

173. Die Enteignungserklärung hat eine weitere Bedeutung darin, daß sie die Verwaltungsvertreter ermächtigt, die in ihr bezeichneten Grundstücke und Häuser zu betreten, sei es, um sich eine Vorstellung von ihrem Wert zu machen, sei es, um sich allgemein zu informieren und die späteren öffentlichen Arbeiten vorzubereiten. Soll zum Beispiel ein Preisangebot gemacht werden oder der Zustand des Hauses festgestellt werden, um spekulative Verwendungen des Eigentümers nach dem Erlaß des Dekrets zu vermeiden, so ist eine Besichtigung unabdinglich. Auch wegen dieses Rechts, in die Privatsphäre einzudringen, hat das Dekret genau und bestimmt zu sein. Dies gilt um so mehr, als es als Grundlage möglichen Zwangs dient, da die Behörden sich notfalls der Hilfe von Polizeikräften bedienen können, wenn der Eigentümer den Eintritt verwehrt, Art. 7 Absatz 2 BrEG.

Wenn auch die Verwaltung selbständig und unabhängig feststellt, welches Eigentum enteignet werden soll, so ist sie doch an die von Verfassung und Gesetz gesteckten Grenzen des Enteignungsrechts gebunden. Sie kann aufgrund des eigenen Dekrets nur tätig werden, wenn dieses rechtmäßig ist und es nach den jeweilig geltenden Vorschriften über Veröffentlichungen ordnungsgemäß bekannt gegeben ist, zu- meist im Diário Oficial oder dem örtlichen Amtsblatt.

2. Das gerichtliche Verfahren

Auf die gerichtliche Kontrolle und ihre Aufteilung in ein Verfahren zur Überprüfung der Rechtsgrundlagen und des Enteignungsdekrets sowie die eigentliche Enteignungsklage, die sich nach Art. 9 und 20 BrEG im wesentlichen auf Fragen der Entschädigung zu beschränken hat, soll im folgen-

den Kapitel (§ k) eingegangen werden. Hier sollen deshalb nur die prozessualen Fragen des zivilen Enteignungsprozesses um die Entschädigung berührt werden.

174. Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz des beklagten Eigentümers, wenn der Bund (Union) klagt. In diesem Fall ist der Zivilrichter der Gerichtshauptstadt des Staates oder Distriktes zuständig, in dem der Eigentümer wohnt. In allen anderen Fällen entscheidet über die Zuständigkeit der Ort, an dem sich das Eigentum befindet.¹⁾ Als Richter dürfen in Enteignungsverfahren nur Magistrate auf Lebenszeit mitwirken, die unversetzbar sein müssen und bei denen gesichert ist, daß ihre Bezüge weder gekürzt noch belastet werden können.

Nach Art. 291 Código de Processo Civil gelten für Klagen, für die das Gesetz nichts anderes vorsieht, die Regeln über das sogenannte ordentliche Verfahren. Hiernach teilt sich der Prozeß grundsätzlich in die üblichen 5 Phasen der Klageerhebung, Klageerwiderung, Beweiserhebung, des Urteils und der Vollstreckung. Das Enteignungsgesetz hat jedoch umfangreiche Sonderregeln aufgestellt, die bei der Klage des Staates auf Übertragung des Eigentums zu beachten sind und bei Enteignungen nach den anderen Gesetzen entsprechend gelten.²⁾ Es sind die Artikel 11 folgende des Gesetzes von 1941.

175. Nach Art. 158 CdeP muß die Klageschrift enthalten: die Bezeichnung des Gerichtes, vor dem geklagt werden soll; den Namen, Vornamen, Wohnsitz oder Aufenthalt, Beruf, Staatsangehörigkeit und Stand des Klägers und des Beklagten; Gegenstand und rechtliche Begründung des Begehrens "in klarer und bestimmter Form ausgedrückt", damit der Beklag-

1) Im einzelnen Sodré, S. 152 - 153

2) Vgl. Art. 5 des Gesetzes No. 4.132 von 1962, Anhang S. XVIII

te seine Erwiderung vorbereiten kann; die spezielle Forderung in allen ihren Einzelheiten; die Beweismittel, mit denen der Kläger sein Recht und die Wahrheit seiner Darstellung glaubt darlegen zu können; die Aufforderung, den Beklagten zu laden und schließlich den Wert des Streitgegenstandes.

Im Enteignungsverfahren muß die Klageschrift vor dem Zivilrichter darüber hinaus das Preisangebot enthalten, wie es zuletzt dem Beklagten gemacht wurde. Der Beklagte hat die Möglichkeit, die angebotene Summe anzunehmen. In diesem Fall trägt der Kläger die Kosten des Verfahrens, Art. 30 BrEG. Ferner sind der Klageschrift beizulegen ein Exemplar des möglicherweise mit dem Eigentümer geschlossenen Vertrages (in Fällen, in denen er sich weigert, die gütliche Vereinbarung zu erfüllen) oder eine Ausgabe des Amts- oder Regierungsanzeigers (jornal oficial), in dem das Enteignungsdekret veröffentlicht worden ist. Gegebenenfalls genügt eine beglaubigte¹⁾ Abschrift oder Kopie dieser Unterlagen. Der Klageschrift muß, insoweit ergänzt Art. 13 BrEG den Art. 158 der Zivilprozeßordnung, nicht nur eine genaue Beschreibung des Eigentums, sondern auch ein Plan über die Liegenschaft und den Verlauf ihrer Grenzen beiliegen. Diese Unterlagen sind entbehrlich, wenn es sich um einen Gegenstand von geringem Wert handelt.

176. Der Richter prüft die Klageschrift und die ihr beigefügten Unterlagen zusammen mit den sonstigen Prozeßvoraussetzungen, bevor er eine Art Prozeßeröffnung beschließt und damit die Klage zuläßt. Damit dieser Beschluß erfolgen kann,

1) Im brasilianischen Text heißt es "cópia autêntica". Der Sinn des Wortes authentisch ist im Brasilianischen ebenso unklar wie im Deutschen, vgl. die Kritik bei Sodré, S. 153 ff. Er überläßt es praktisch dem Richter, die autenticidade anzuerkennen oder nicht. In der Regel dürfte aber zumindest eine beglaubigte Abschrift erforderlich sein.

ist erforderlich, daß Rechts- und Prozeßfähigkeit vorliegen und kein sonstiges Prozeßhindernis besteht, Art.

16o CdeP.

177. Die Klagezulassung durch den sogenannten "despacho saneador" des Artikels 294 der brasilianischen Prozeßordnung gibt dem Richter zugleich Gelegenheit, nach seiner freien Wahl einen Gutachter zu bestellen und ihm die Schätzung der zu enteignenden Güter zu übertragen. Die Bestellung erfolgt also noch vor der Ladung des Beklagten.²⁾ Der Kläger wie der Beklagte können alsdann diesem Gutachter Gehilfen zur Seite stellen, die ihre Interessen vertreten. Es muß sich um Assistenten mit einschlägiger Erfahrung handeln. Der Gutachter hat das Ergebnis seiner Schätzung spätestens fünf Tage vor Beginn der mündlichen Verhandlung vorzulegen, Er kann jedoch bis zum Erlaß des despacho saneador eine besondere Frist zur Erstellung des Gutachtens beantragen. Im übrigen hat er das Recht, von allen Behörden die erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen. Die nachgewiesenen Kosten werden ihm erstattet, die weiteren Aufwendungen nach Ermessen des Richters.

178. Die Vorschriften über die Ladung des Beklagten enthalten keine Besonderheiten. Von Bedeutung sind lediglich die Regeln, die einer Beschleunigung und Erleichterung des Verfahrens dienen.³⁾ So kann die Ladung durch eine Art Aufruf-

1) Vgl. auch Art. 22 BrEG und Schnitzlein, S. 71

2) Sodré kritisiert diese Regelung als unzweckmäßig, da der Richter die Klageerwiderung noch nicht kenne, vgl. S. 156-157

3) Das Gesetz vereinfacht, um zu verhindern, daß der Betroffene sich dem Prozeß entzieht, ihn verzögert, um beispielsweise höhere Entschädigungsangebote zu erzwingen; vgl. Sodré, S. 161 - 162

verfahren (edital) erfolgen, wenn der zu Ladende unbekannt ist oder er sich an einem unbekannten, nicht mit Sicherheit bekannten oder unzugänglichen Ort aufhält, ebenso, wenn er im Ausland weilt. Die Feststellung dieser Verhinderung muß von zwei Justizbeamten bescheinigt werden, Art. 18. Ist die Ladung einmal erfolgt, braucht sie nicht wiederholt werden. Das Verfahren nimmt seinen Gang, Art. 19, und kann innerhalb der jeweiligen Instanz nicht ausgesetzt werden, Art. 21, Gerade in dieser letzten Regelung zeigt sich das Bemühen des Gesetzgebers, Verzögerungen weitestgehend zu vermeiden. Aus dem gleichen Grunde wird auch beim Tode des Eigentümers oder bei Verlust seiner Geschäftsfähigkeit nicht ausgesetzt. Der Richter ernennt lediglich, erhält er hiervon Kenntnis, alsbald einen Prozeßpfleger.

179. Das Enteignungsgesetz sieht noch eine weitere Beschleunigung vor : Der klagende Staat kann sich auf die Dringlichkeit des Vorhabens berufen, um eine vorläufige Besitzeinweisung zu beantragen. Art. 15 des Gesetzes stellt jedoch sicher, daß der Staat in diesem Fall eine angemessene Summe hinterlegt, da er grundsätzlich vor einer Enteignung den Wert zu ersetzen hat. Nach Art. 15 kann der Staat gegen Hinterlegung sogar schon dann in den Besitz eingewiesen werden, wenn der Beklagte noch nicht einmal geladen ist. Um so wichtiger sind die Bestimmungen über die Mindesthöhe der zu hinterlegenden Summe. Andererseits ist der Staat gehalten, nur dann die Dringlichkeit zu behaupten, wenn wirklich Anlaß hierzu besteht. Um einem Mißbrauch vorzubeugen, untersagt das Gesetz die Wiederholung der Feststellung der Dringlichkeit. Der Staat muß, ist die declaração einmal in dem Enteignungsdekret getroffen, innerhalb von 120 Tagen die vorläufige Besitzeinweisung beantragen. Mit Ablauf dieser Frist verfällt das Recht.

Die Klageerwiderung des Eigentümers kann nur zu prozessualen Fragen und zum Streit über den Wert oder den angebotenen Preis Stellung nehmen. Wie im folgenden Kapitel näher darzulegen sein wird, sind alle anderen Streitpunkte, vor allem die über die Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit des Enteignungsdekrets durch einen getrennten (Verwaltungs-)prozeß zu klären. Kommen die Parteien zu einer Einigung, so bestätigt ein Urteil diesen Vergleich, möglicherweise schon im Eröffnungsbeschluß.

180. Die mündliche Verhandlung folgt den Regeln der Zivilprozeßordnung. Ist sie abgeschlossen, so erläßt der Richter ein Urteil über den Preis, den der Staat als Entschädigung zu zahlen hat. Spätestens zehn Tage nach der letzten mündlichen Verhandlung hat ein Termin zur Verkündung des Urteils stattzufinden, falls sich der Richter außerstande sieht, sofort zu entscheiden. Das Gesetz schreibt eine eingehende Begründung vor und nennt zahlreiche für den Wert entscheidende Faktoren, auf die das Urteil einzugehen hat.

181. Da grundsätzlich der Wertersatz dem Entzug des Eigentums vorauszugehen hat, ist das genannte Urteil nicht vollstreckbar, ohne daß zuvor der gerichtlich festgestellte Wert gezahlt worden ist. Dementsprechend sieht das Gesetz einen besonderen Besitzeinweisungsbeschluß vor, der erst ergehen kann, wenn der Wertersatz geleistet oder die entsprechende Summe hinterlegt worden ist. Erst dann wird das Urteil vollstreckbar und dient beispielsweise als Titel zur Umschreibung im Immobilienregister, Art. 29. ²⁾

3. Verzug bei der Auszahlung des Wertersatzes

182. Gelegentlich werden Entschädigungen für Enteignungen oder enteignungsgleiche Eingriffe - die "indirekten Enteignun-

1) Vgl. im deutschen Recht den § 794 Ziffer 1 ZPO

2) Vgl. zum Zeitpunkt des Eigentumsverlusts oben Rz. 147 ff.

gen" in der Terminologie der brasilianischen Rechtslehre - nur zögernd und mit erheblichem Verzug gezahlt. Vor allem bei den indirekten Enteignungen wird dies nicht selten vorkommen, wenn zwischen dem Staat und dem betroffenen Eigentümer Streit über die Höhe der Entschädigung oder die Frage besteht, ob überhaupt ein zu ersetzender Schaden eingetreten ist. Soweit nicht bei der späteren Regelung die Verzögerung ausdrücklich berücksichtigt wird und Zinsen oder angesichts der Inflation eine aktualisierte Entschädigung gezahlt werden, kann dem Eigentümer ein nicht geringer zusätzlicher Schaden entstehen, der nicht mehr unmittelbar auf der Enteignung oder dem enteignungsgleichen Eingriff beruht, sondern eine Folge des Verzugs ist.

Die brasilianische Rechtsprechung hat dem Eigentümer oder Enteigneten in diesen Fällen mit einem besonderen Anspruch auf Schadensersatz geholfen, den er selbständig einklagen kann. Sie konnte sich insoweit unmittelbar auf Artikel 107 der Verfassung von 1969¹⁾ stützen, nach dem öffentlich-rechtliche Körperschaften für den Schaden einzustehen haben, der Dritten durch das Verhalten ihrer Bediensteten erwächst. Die Rechtsprechung bezog sich aber auch auf die Eigentumsgarantie der Verfassung und argumentierte, gegen sie werde verstoßen, wenn die Entschädigung zu spät ausbezahlt werde und hierdurch dem Eigentümer ein Schaden erwachse.²⁾

4. Beschlagnahmen (requisições)

Neben der Gesetzgebung über die Enteignung kennt das brasilianische Recht noch eine Reihe von Dekreten über die

1) Entsprechend die vorhergehenden Texte, vgl. Art. 105 V.1967

2) Vgl. das sehr eingehende Urteil des TJ de Sao Paulo vom 9. Mai 1962 in RDA 81 (1965), S. 222 - 225, das sich übrigens auch auf § 288 des deutschen BGB und § 106 des schweizerischen GB sowie Art. 1.124 des italienischen CC berief.

183. requisições, die Beschlagnahmen privaten Gutes. Diese Texte stammen überwiegend aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges.¹⁾ Die requisição unterscheidet sich im brasilianischen Recht grundsätzlich von der Enteignung durch drei Merkmale: Sie führt nicht zum Übergang des Eigentums, allenfalls zum Verlust der Sache, wenn es sich um verbrauchbare Güter handelt oder sie aus einem anderen Grunde untergehen; die requisição setzt eine unabwiesbare Dringlichkeit voraus und sie ist ausnahmsweise nicht dem Grundsatz vorheriger Entschädigung unterworfen.²⁾ Sie ist eine Art Gebrauchsentzug oder Beschränkung des privaten Rechts zum Gebrauch und Verbrauch.

Voraussetzung der requisição, die nach Art. 1 des Gesetzes von 1942 auf die Verpflichtung zu persönlichen Diensten lauten kann, aber eben auch auf die Beschlagnahme von Gütern und zeitweilige Besetzung eines Privatgrundstückes, ist vor allem eine unmittelbar drohende Gefahr (perigo iminente). Es kann sich sowohl um eine äußere wie innere, dem Staat drohende Gefahr handeln, wie Krieg oder Aufruhr, nicht aber die Gefahr geringfügiger Störungen der staatlichen Ordnung. Es genügt aber schon eine örtlich begrenzte Gefahr. Zwischen der Gefahr und der requisição muß Kausalzwang bestehen. Es muß sich um einen Notstand handeln, der gerade diesen Schritt erforderlich macht.³⁾ Die Ersatzpflicht ist wie beim zivilrechtlichen Notstand von jeder Art von Verschulden unabhängig.

Da die requisição einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum darstellt, fällt sie unter den

1) Decreto-Lei No. 4.812 vom 8. Oktober 1942 und
Decreto-Lei No. 5.275 vom 24. Februar 1943 sowie
Decreto-Lei No. 5.451 vom 30. April 1943

2) Pontes de Miranda, Bd. 5, S. 372 und 489

3) ebd. S. 490

§ 22 des Artikels 153 V.1969: Jeder Schaden, der dem Eigentümer entsteht, ist ihm schon aus dieser Vorschrift heraus zu ersetzen, auch wenn im Einzelfall eine gesetzliche Regelung fehlt. Die requisição ist nichts anderes als die zweite Alternative des § 22, der ausnahmsweise bei dringender Gefahr auch eine nachträgliche Entschädigung zuläßt.

184. Die requisição oder Beschlagnahme ist aus Gründen der Verteidigung und nationalen Sicherheit zulässig, Art. 1 des Gesetzes von 1942. Insoweit deckt sich die zulässige Motivierung mit einem der in Art. 5 BrEG aufgezählten Fälle der Enteignung "por utilidade pública". Beschlagnahmt werden kann, was zur Versorgung und zum Transport der bewaffneten Kräfte im Falle des Krieges oder der nationalen Verteidigung erforderlich ist (Art. 2). Aus dem gleichen Grunde und "zur Rettung des Staates" ist auch die Beschlagnahme von Firmen und Wirtschaftsunternehmen zulässig (Art. 3), ferner alles dessen, was zur Ernährung, zum Schutz, zu Beherbergung und Kleidung der Zivilbevölkerung nötig ist (Art. 4), wenn festgestellt wird, daß ohne rechtfertigenden Grund Preissteigerungen erfolgen oder daß Bevölkerungsteile sich aus militärischen Gründen auf die Flucht begeben.

Die Aufzählung mag genügen, um zu zeigen, daß es sich um selbstverständliches Notstandsrecht handelt, dessen genaue Regelung beim Eintritt Brasiliens in den Krieg der Vorbereitung auf Katastrophenfälle diene. Daß nach der Kriegserklärung bisweilen deutsches Eigentum in Brasilien, vor allem das deutscher Firmen, auf angloamerikanischen Druck hin beschlagnahmt wurde¹⁾, ist eine Folge der damaligen Wirren, die zu erörtern bei der Prüfung des geltenden Enteignungsrechts wenig nützlich erscheint.

1) Vgl. Beyhaut, S. 183

§ 10) DIE GERICHTLICHE KONTROLLE DER ENTEIGNUNG

185. Bei einer Untersuchung der Frage, inwieweit die rechtssprechende Gewalt das Vorgehen des Staates gegen den Eigentümer im weiteren Sinne überprüfen kann, sind zwei Bereiche zu unterscheiden. Sie entsprechen den Stufen, in denen der Staat bei einer Enteignung vorgeht. Es sind die Entscheidungen,
- a) wann, unter welchen Voraussetzungen und wo enteignet werden soll;
 - b) wie der Eigentümer entschädigt werden soll.
186. In die erste Stufe gehören die allgemeine Regelung der Enteignung in der Verfassung, die Enteignungsgesetze und schließlich die Anwendung ihrer Voraussetzungen auf einen konkreten Fall durch das Enteignungsdekret, die sogenannte "declaração de desapropriação". Die letztere ist im Enteignungsgesetz von 1941 auch als "declaração de utilidade pública" bezeichnet, Art. 6 BrEG. Im Enteignungsgesetz von 1962, das die Fälle der Enteignung "por interesse social" regelt, ist eine Enteignungserklärung nicht ausdrücklich vorgesehen. Art. 3 des Gesetzes spricht aber von einer Verkündung durch Enteignungsdekret (decretação da desapropriação) und Art. 5 erklärt die Vorschriften des Enteignungsgesetzes von 1941 für entsprechend anwendbar. Auch bei einer Enteignung im Interesse der Sozialordnung erklärt somit der Staat durch Dekret, welches konkrete Eigentum entzogen werden soll.

Im Falle der Enteignung nach Maßgabe des Estatuto da Terra ist es Sache des Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) und seiner regionalen Organe, die zur Agrarreform notwendigen Enteignungen zu betreiben. Die Funktion der Enteignungsdekrete übernehmen in der Agrarreform der Plano Nacional des IBRA, der der Billigung des Präsidenten der Republik bedarf (Art. 34 EdaT), und

die auf ihn aufbauenden Regionalpläne der IBRA-Regional, Art. 35 EdaT. Ist die Entscheidung, was enteignet werden soll, gefallen und das Enteignungsdekret oder der Regionalplan erlassen, so verhandelt der Staat (oder der IBRA) über einen gütlichen Erwerb des betroffenen Eigentums. Gelingt es nicht, eine Einigung herbeizuführen, so muß im Enteignungsprozeß von Gerichts wegen die Entscheidung über die Entschädigung gefällt werden.

Für diese zweite Stufe hat das brasilianische Recht nicht eine gerichtliche Kontrolle vorgesehen, sondern die rechtssprechende Gewalt von vornherein zur Entscheidung über den Preis der Enteignung, die Höhe der Entschädigung berufen. Und zwar ist das Gericht nicht erst angerufen, wenn eine andere Stelle schon entschieden hat. Die Rolle der Verwaltung ist vielmehr in dieser zweiten Phase allein darauf beschränkt, einen Ersatz anzubieten. Nimmt der Eigentümer ihn nicht an, sei es, daß er der Enteignung prinzipiell widerspricht, sei es, daß er mit der Höhe der Ersatzsumme nicht einverstanden ist, so bringt die Verwaltung dieses Angebot in den Prozeß ein, Art. 13 BrEG. Sie erhebt Klage mit dem Antrag, den Beklagten gegen Ersatz in Höhe des Angebotes des Eigentums für verlustig zu erklären. Das Gericht entscheidet - nach Einholung eines Gutachtens - über die Entschädigung. Für diese zweite Phase ist also die "Kontrolle" nicht die Nachprüfung des Verwaltungshandelns, da das Gericht erstmalig entscheidet, sieht man einmal vom Instanzenzug ab (apelação, Art. 28 BrEG). Die Entscheidung des Gerichtes selbst ist Voraussetzung der tatsächlichen Enteignung.

187. Umstritten ist aber im brasilianischen Recht die Frage, ob die rechtssprechende Gewalt berufen ist, auch die Entscheidung des Staates - des Gesetzgebers wie der Verwaltung - im Rahmen der geschilderten ersten Phase zu überprüfen und wenn ja, in welchem Umfang. Rechtsprechung und Lehre müssen sich insoweit zwischen zwei positiven Normen entschei-

den, die auf den ersten Blick einander zu widersprechen scheinen.

Nach Art. 153 § 4 der heutigen Verfassung kann ein Gesetz die Überprüfung irgendeiner Verletzung individueller Rechte durch die dritte Gewalt (Poder Judiciário) nicht ausschließen.¹⁾ Der Verfassungsnorm steht gegenüber der Art. 9 BrEG, der die Prüfung der Frage, ob ein Fall der utilidade pública vorliegt, im Enteignungsprozeß nicht zuläßt. Art. 9 BrEG ist auf die Fälle der Enteignung "por interesse social" entsprechend anwendbar.²⁾ Die Vorschrift ist trotz der noch zu erörternden Proteste der Literatur und Rechtsprechung auch bei der Neufassung des Gesetzes im Jahre 1956 nicht aufgehoben worden. Der gleiche Grundsatz klingt auch in Art. 20 BrEG an, wonach die Klageerwiderung (contestação) des beklagten Eigentümers sich "nur auf Verfahrensfehler oder die Ablehnung des Preises" stützen kann und "jedwede andere Frage durch selbständige Klage entschieden werden muß".

Gegen beide Bestimmungen ist in der Literatur geltend gemacht worden, sie widersprächen rechtsstaatlicher Ordnung und seien eine Frucht der Diktatur und polizeistaatlichen Denkens unter dem Vargas-Regime.³⁾ Immerhin aber enthielt auch das Enteignungsdekret von 1903 schon diesen Ausschluß richterlicher Kontrolle im Enteignungsprozeß,⁴⁾ und der Gesetzgeber hob die Bestimmung, wie erwähnt, auch 1956 bei der Neuordnung des Enteignungsgesetzes nicht auf, obwohl das Parlament zu dieser Zeit keinem diktatorischen Druck unterlag.

Es ist im übrigen irreführend, wenn einige Autoren den Art. 9 BrEG schlechthin als Ausschluß der gerichtlichen Kontrol-

1) Ebenso schon Art. 141 § 4 V.1946 und Art. 150 § 4 V. 1967; anders noch die Verfassung von 1937; vgl. Pontes de Miranda, vol. 5, S. 97 f

2) Art. 5 Lei No. 4.132 vom 10.9.1962

3) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 390/91 und 416; G.P. Rodrigues, S. 26/27; Costa Filho, S. 136

4) Art. 10 und 15 Dekret No. 4.956 vom 9.9.1903

le ansehen.¹⁾ Wäre das so, müßte man ihn zweifellos als rechtswidrig ansehen, seit der brasilianische Staat sich eine Verfassung gab, die den Ausschluß richterlicher Nachprüfung ausdrücklich untersagte. Schon unter der insoweit lückenhaften Verfassung von 1937 dürfte im übrigen zweifelhaft gewesen sein, ob eine solche Beschränkung der Dritten Gewalt Rechtsgeltung beanspruchen konnte, wenn dadurch die Verletzung der Grundrechte der Verfassung sanktioniert worden wäre.²⁾

188. In Wirklichkeit aber enthält, geht man vom Wortlaut des Art. 9 aus, diese Regel kein allgemeines Verbot gerichtlicher Überprüfung des Enteignungsdekrets und der rechtlichen Grundlagen des Enteignungsanspruches des Staates, sondern untersagt sie nur "im Enteignungsprozeß":

Art. 9 Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.³⁾

Mit dem Enteignungsprozeß kann aber nur das durch eben dies besondere Gesetz geregelte Verfahren gemeint sein. Das brasilianische Recht gibt dem Enteignenden nicht die Befugnis, selbst das Eigentum an sich zu ziehen. Nicht einmal die Mischform einer gerichtsähnlichen Verwaltungskommission wird gewählt. Die Gemeinde oder das Land wenden sich nicht an eine besondere Enteignungsbehörde des Staates, auch wenn in dieser, wie § 104 Abs. 2 Bundesbaugesetz es vorsieht, unabhängige Beisitzer mitwirken könnten. Brasilien wählte das gerichtliche Verfahren der Enteignung. Dem entspricht, daß der Staat nur einen Anspruch auf Enteignung hat, den er vor einem unabhängigen Gericht einklagen muß wie andere Ansprüche auch, wenn der Gegner nicht von sich aus zur Erfüllung der Forderung durch

1) Pontes de Miranda, a.a.O.; Rodrigues, a.a.O.

2) Verneinend Pontes de Miranda, S. 391

3) I. Mascarenhas da Silva, Lb. S. 222, Rz. 361;
Soriano Neto, S. 13

Übereignung im privatrechtlichen Wege bereit ist.

Für dieses besondere Klageverfahren nun schließt Art. 9 BrEG eine gerichtliche Kontrolle des Enteignungsgrundes aus.¹⁾ Das Enteignungsgesetz von 1941 unterscheidet sich insofern ganz wesentlich von seinem Vorgänger aus dem Jahre 1903. Denn dort heißt es in Art. 10, daß "keine (nen-huma) gerichtliche Autorität, noch eine der Verwaltung, die Beanstandung oder Anfechtung der Enteignung zulassen kann, so wie sie sich aus dem Dekret (Art. 8), das die Pläne und Zeichnungen billigt, ergibt." Dieser Ausschluß bezog sich nicht nur auf das gerichtliche Enteignungsverfahren, sondern beanspruchte Allgemeingültigkeit.²⁾ Schon bei der Vorlage des Gesetzes im Plenum 1941 betonte der damalige Justizminister Francisco Campos, daß der Art. 9 nur das spezielle richterliche Verfahren treffe und eine Überprüfung des Enteignungsdekretes durch ein besonderes Verfahren, also in einem anderen Prozeß, erfolgen müsse. Dieser Vorbehalt einer selbständigen Klage des Eigentümers gegen den Verwaltungsakt, der dem eigentlichen Enteignungsprozeß vorausgehen muß, ist der Inhalt des Art. 20 BrEG, der hierfür eine "ação direta" nennt.³⁾ Allerdings gibt die systematische Stellung der Vorschrift im Rahmen der "Disposições Preliminares" (Art. 1 - 10) Anlaß zur Kritik. Denn diese Vorschriften befassen sich gerade mit dem dem Enteignungsprozeß vorhergehenden staatlichen Dekret, in dem die utilidade pública bezüglich der späteren Enteignungsobjekte öffentlich bekannt gegeben wird. Um Fehlinterpretationen vorzubeugen, wäre es richtiger gewesen, das Verbot richterlicher Überprüfung

1) TJ de Minas Gerais v. 4.8.1955 in RF 186 (1959), S.240

2) Vgl. auch schon Dekret No. 353 von 1855, Art. 1; dagegen beschränkte der Wortlaut des Dekrets No. 1.283 vom 18.5.1939 den Ausschluß ebenfalls auf die "processos de desapropriação", Art. 2.

3) Francisco Campos bei Neto a.a.O.
vgl. Rodrigues, S. 24, und Oliveira e Cruz, S. 63-64, der die umständliche Teilung in zwei Verfahren kritisiert.

bei den Vorschriften zu regeln, die den Prozeß betreffen (Art. 11 ff BrEG). So wäre auch die ebenfalls irreführende Wiederholung des gleichen Grundsatzes in Art. 20 vermieden worden. Dieser systematische Fehler ändert aber nichts daran, daß das Gesetz nicht schlechthin eine gerichtliche Kontrolle ausschließt.

Die Frage ist also nicht, ob überhaupt in Enteignungsfällen eine Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte zulässig ist. Da das Gesetz selbst neben dem richterlichen Verfahren der Enteignung eine Überprüfung des Vorgehens der Verwaltung durch eine "ação direta", eine direkte Klage, vorsieht, kann unter dem Blickwinkel der Verfassung nur zu untersuchen sein, ob ein Nebeneinander dieser Prüfungen ausreichenden Rechtsschutz gewährt. Zur Beantwortung ist zunächst zu klären, auf welchem Wege der Verwaltungsakt gerichtlicher Prüfung unterworfen werden kann.

Art. 153 § 4 V.1969 untersagt lediglich den gesetzlichen Ausschluß gerichtlicher Kontrolle jedweder Verletzung eines Individualrechts. Das ist ein nur negativer Schutz, insoweit dadurch nicht vorgeschrieben wird, wie das gerichtliche Verfahren zum Schutz gegen Eingriffe in Rechte des Bürgers und zwecks Überprüfung der Rechtmäßigkeit gestaltet werden soll. Eine positive Ergänzung der genannten Normen enthält aber Art. 153 § 21 V.1969:

189. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Für die Grundrechte der Verfassung enthält dieser § 21 den gleichen Schutz, den im Privatrecht Art. 75 CC gewährt, indem er jedem Recht zu seiner Sicherung einen einklagbaren Anspruch (ação) zuordnet.

Somit steht auch gegenüber den Akten der Verwaltung, soweit sie in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum

(im weiteren Sinne) eingreifen, ein Rechtsweg offen.

190. Ob die Möglichkeit richterlicher Prüfung in Anlehnung an Art. 20 BrEG in einer "ação direta" ¹⁾, oder ob sie mit der Verfassung in dem sogenannten "mandado de segurança", dem gerichtlichen "Abwehrbefehl", einer Art einstweiliger Verfügung zu sehen ist ²⁾, ist heftig umstritten. Das Oberste Bundesgericht scheint eher dazu zu neigen, den mandado de segurança nur dann zu gewähren, wenn kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht. In einem Urteil aus dem Jahre 1962 unterscheidet es zwischen der ação direta des brasilianischen Enteignungsgesetzes und dem mandado de segurança und lehnt die Zulässigkeit des letzteren durch eine Mehrheitsentscheidung ab, soweit der Enteignete Rechtsschutz gegen die vorläufige Besitzeinweisung des Staates durch den Richter begehrt (Art. 15 BrEG und 685 CC) ³⁾. Das Gericht stützt sich hierbei auf das Gesetz No. 1.533 vom 31.12.1951 zur Regelung des Verfahrens beim mandado de segurança. Dort heißt es in Art. 1 :

Der mandado de segurança ist zu gewähren zum Schutz eines fälligen und unzweifelhaften Rechts, soweit es nicht gesichert ist durch habeas corpus, wo immer jemand gesetzwidrig oder infolge Rechtsmißbrauchs Opfer einer Rechtsverletzung wird oder eine solche begründeterweise befürchtet (justo receio) von Seiten der Staatsmacht (autoridade), welcher Art auch immer diese und die von ihr wahrgenommenen Funktionen sein mögen.

-
- 1) So Soriano Neto, S. 13; E. Sodré, S. 232/3; I. Mascarenhas da Silva, S. 253, spricht auch von "ação própria", also einer "besonderen Klage".
- 2) So z.B. TJ do RG do Sul vom 3.5.1961 in RDA vol.80 (1963), S. 154; TJ de São Paulo vom 30.10.1962 in RF 210 (1965), S. 199; TJ de São Paulo in RdT 213 (1953), S. 331, (mandado de segurança No. 58.675): Auch Pontes de Miranda, S. 390, der die Überprüfung im eigentlichen Enteignungsprozeß zulassen möchte, ist der Auffassung, daß, verneint man diesen Weg, der mandado de segurança Platz greife.
- 3) STF vom 5.12.1962 in RF 209 (1965), S. 103 ff

Und in Art. 5 :

Der mandado de segurança wird nicht gewährt, soweit es sich handelt

- 1) - um einen Verwaltungsakt, gegen den es einen Verwaltungsrekurs gibt mit aufschiebender Wirkung und unabhängig von einer Sicherheitsleistung;
- 2) - um Beschluß oder Entscheidung eines Gerichts, soweit in den Verfahrensgesetzen ein Rekurs vorgesehen ist oder die Entscheidung im Wege der Berichtigung geändert werden kann.

Aus diesen Regeln im Zusammenhang mit Art. 9 und 2o BrEG schließt das Gericht, daß gegen den Verwaltungsakt die Rechtswidrigkeit oder auch Verfassungswidrigkeit allein durch die ação direta, das spezielle Verfahren, geltend gemacht werden kann und der mandado de segurança unzulässig ist.¹⁾ Der mandado ist nur dort zulässig, wo ein Rechtsschutzverfahren nicht vorgesehen, nicht gesetzlich geregelt ist, wo also eine Gesetzeslücke vorliegt. In all den Fällen, in denen das deutsche Recht ein Rechtsschutzverfahren oder eine gerichtliche Kontrolle mangels anderer Regelung unmittelbar auf Art. 19 GG stützen würde, sieht Art. 150 § 21 V. 1967 den mandado de segurança vor. Dort aber, wo das Gesetz ein Rechtsmittel erwähnt, wie in Art. 2o BrEG, ist nach Auffassung des Obersten Bundesgerichts kein Raum für den mandado de segurança. Der Gebrauch des mandado als Ersatz der ação direta ist unzulässig.

Diese sicherlich vertretbare Haltung des Obersten Bundesgerichts wurde nicht von allen mitentscheidenden Richtern geteilt. Im unterlegenen Votum²⁾ wird vor allem geltend gemacht, daß die brasilianische Zivilprozeßordnung eine ação direta

1) STF a.a.O., Entscheidungsvorschlag Ministro Ribeiro da Costa, S. 110 m.w.N.; vgl. auch STF in RF 162 (1957), 161

2) voto vencido Gonçalves de Oliveira, a.a.O., S. 115

weder kennt noch regelt und daß deshalb auf den mandado de segurança zurückzugreifen sei. Nach dieser Auffassung ist der mandado gemeint, wenn Art. 20 BrEG eine "direkte Klage" vorsieht.¹⁾ Der Vorteil liegt hier darin, daß eine gesetzliche Regelung des mandado-Verfahrens vorliegt.

Die Entscheidung des Obersten Bundesgerichts erhielt einen fragwürdigen Beigeschmack durch die weitere Begründung, der mandado sei auch schon deshalb unzulässig, weil es untragbar sei, angesichts des "ohne Zweifel bedeutsamen öffentlichen Interesses am Ziel des Verwaltungsaktes" ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung wie den mandado zuzulassen. Wörtlich heißt es weiter: "Der mandado de segurança darf nicht gebraucht werden als Keule in den Händen von Barbaren, die von jeder Art von Zorn besessen sind! Sollte sich das Gericht damit auf den Standpunkt stellen, daß der im brasilianischen Prozeßrecht nicht näher geregelten ação direta im Gegensatz zum mandado keine aufschiebende Wirkung zukommt, so wäre dadurch gerade in Frage gestellt, ob die ação direta ausreichenden Rechtsschutz gewährt. Wenn das Oberste Bundesgericht zudem den Bürger, der den vollendeten Tatsachen vorbeugen möchte und nicht nur um den Wert der Sache kämpft, sondern die Enteignung selbst für rechtswidrig hält und deshalb verhindern möchte, einem keulenschwingenden Barbaren gleichsetzt, so dringt darin eben doch wieder die Tendenz durch, die gerichtliche Kontrolle der eigentlichen Verwaltungsentscheidung nicht zuzulassen. Damit wäre das Gericht in die allzu staatsfreundliche Grundhaltung des Enteignungsgesetzes von 1903 zurückgefallen und ließe den Eigentümer letztlich ohne Rechtsschutz.

1) Petro Chaves, RF 209 (1955), S. 112; Luiz Gallotti und Hahnemann Guimarães, ebenda, S. 115; letzterer lehnte offenbar den mandado nur deshalb ab, weil er ihn für unbegründet hielt.

91. Diese Auffassung würde aber der Rechtsschutzgarantie der Art. 153 §§ 4 und 21 V.1969 widersprechen. Ihr muß im Gegenteil entnommen werden, daß der "Verwaltungsklage" grundsätzlich auch aufschiebende Wirkung zukommt. Nur dort, wo sich der Staat auf die Dringlichkeit der Maßnahme berufen kann, gilt dieser Grundsatz wegen überwiegenden öffentlichen Interesses nicht. Diese Ausnahme ist aber erträglich auch im Hinblick auf die Verfassungsgarantie des Art. 153 § 4, da das Enteignungsgesetz ausdrücklich vorsieht, daß der Staat die Eilbedürftigkeit der Maßnahme (urgência) vor Gericht geltend machen und die vorläufige Besitzeinweisung beantragen muß.¹⁾ Der Richter entscheidet somit auch in diesem Fall. Würde man dagegen der ação direta eine aufschiebende Wirkung nicht zuerkennen, so wäre das Ergebnis, daß auch im Normalfall, also auch ohne Eilbedürftigkeit, der Staat so gestellt würde, als sei das Enteignungsdekret bereits rechtskräftig. Der eigentliche Enteignungsprozeß (die "zweite Phase", s.o. Rz. 186) würde durchgezogen, der Bürger könnte enteignet werden, ohne daß zuvor auf seinen Einspruch über die Rechtmäßigkeit des anspruchsbegründenden Enteignungsdekrets entschieden wäre. Einem Urteil im Verfahren der ação direta käme demnach rein deklaratorischer Wert zu. Der Enteignete stände praktisch ohne Rechtsschutz selbst gegen willkürliche und ermessensmißbräuchliche Enteignungen da. Damit aber wäre Art. 153 § 4 der Verfassung verletzt.

Die Lösung kann nur sein, daß der ação direta grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, da die mit ihr nachzuprüfenden Fragen im späteren Enteignungsprozeß nicht mehr aufgeworfen werden können. Dem Argument des Obersten Gerichtshofes (im obsiegenden Votum Ribeiro da Costa) vom bedeutsamen öffentlichen Interesse käme nur dann überwiegender Wert zu, wenn der Staat sich auf die Dringlichkeit der Maßnahme beruft und das angerufene Gericht die vor-

1) Art. 15 BrEG

läufige Besitzeinweisung anordnen kann. Würde man der ação direta keine aufschiebende Wirkung zuerkennen, müßte man in Vollzug der Rechtsschutzgarantie der Verfassung den mandado de segurança zusätzlich immer dann zulassen, wenn der Staat vor Abschluß des Verfahrens der ação direta zur Enteignungsklage nach dem Enteignungsgesetz übergeht, um auf diese Weise aufschiebende Wirkung zu erreichen.¹⁾ Diese Auffassung wird bestätigt durch den schon zitierten Art. 5 des Gesetzes über den mandado de segurança. Dort heißt es ausdrücklich, der mandado greife nicht ein, wenn es gegen den Verwaltungsakt einen Rekurs mit aufschiebender Wirkung gebe (Ziffer 1). Erkennt man der ação direta diese nicht zu, müßte im Rückschluß dem Art. 5 i.V. mit Art. 1 entnommen werden, daß dann der mandado zulässig ist. Nach richtiger Auffassung aber hat die ação direta aufschiebende Wirkung.

Damit kommt man aber der im Urteil des STF unterlegenen Mindermeinung sehr nahe, nachder die ação direta eben im Verfahren des mandado de segurança zu sehen sei. Die Entwicklung der künftigen Rechtsprechung bleibt abzuwarten. Einstweilen dürfte mit dem STF der Rechtsschutz gegen das Enteignungsdekret in einer ação direta, einer Klage eigener Art, zu suchen sein, während im eigentlichen Enteignungsprozeß nach dem brasilianischen Enteignungsgesetz die richterliche Prüfung auf den Wert der Sache und das nach diesem Gesetz einzuhaltende Verfahren beschränkt ist.

192. In einem besonderen Fall hat die Rechtsprechung allerdings den mandado de segurança als zulässig angesehen. Es wurde schon hervorgehoben, daß er gegen staatliches Handeln immer dann zulässig ist, wenn ein anderes Rechtsmittel nicht zur Verfügung steht. Ein solcher Staatsakt liegt vor, wenn der Richter auf den Antrag des Enteignungsführers hin wegen Eilbedürftigkeit der Maßnahme die vorläufige Besitz-

1) Vgl. Pontes de Miranda, vol. 5, S. 390

einweisung anordnet. Gegen diese Anordnung sieht das Gesetz keinen Rekurs vor. Steht nun der Eigentümer auf dem Standpunkt, die Einweisung sei rechtswidrig, so bleibt ihm angesichts der möglicherweise unrevidierbaren Besitznahme durch den Staat (z.B. Ausbau der Straße) nur die Möglichkeit, mit dem *mandado de segurança* die Entscheidung eines anderen Gerichts anzurufen. Die Rechtsprechung hat den *mandado* für zulässig erachtet in Fällen, in denen der einweisende Richter rechtswidrige Kriterien zur Festsetzung der Hinterlegungssumme (Art. 15 BrEG) angewandt und gegen zu geringen Wert eingewiesen hatte.¹⁾ Letztlich geht es bei der Frage nach der aufschiebenden Wirkung

193. eines Verwaltungsverfahrens um das Problem einer rechtzeitigen Enteignungskontrolle. Da das Planverfahren oder die Enteignungserklärung des Staates in gewissem Umfang den nachfolgenden Enteignungsprozeß präjudiziert, möchte der Eigentümer schon die Verwaltungsentscheidung als einen ersten Schritt zur Enteignung gerichtlich überprüft sehen, bevor im Entschädigungsprozeß letztlich nur noch über den Wert seines Gutes entschieden wird. Insoweit ist die Lage im brasilianischen Recht nicht anders als in Deutschland.²⁾ Zwar ist die Durchführung der durch Planfeststellung fixierten Vorhaben nicht lediglich automatischer Vollzug ohne erneuten Entscheidungsspielraum, doch besteht eine Bindung in beiden Ländern zumindest insoweit, als im späteren Enteignungsverfahren der Betroffene nicht mehr die einmal rechtskräftig festgelegten Planungen wegen der notwendig nachteiligen Folgen für ihn angreifen kann. Von ihnen muß der Staat ausgehen. Stützt er sich auf sie, so fällt er keine neuen Entscheidungen, die nachprüfbar wären, sondern macht rechtskräftig festgestellte Sach-

1) TJ de Porto Alegre v. 29.3.1962 in RF 205 (1964), S.224/5

2) Vgl. zum Problem der Rechtzeitigkeit im deutschen Recht BVerwG v. 30.4.1969 in NJW 1969, 1868/9 und BGH v. 22.9.1966 in NJW 1967, 103 f

zwänge geltend.¹⁾ Ein Unterschied zum deutschen Recht besteht nur für denjenigen, der mit einem Teil der brasilianischen Literatur der Auffassung ist, das Eigentum gehe im Falle einer Enteignung schon mit Rechtskraft des Urteils im Enteignungsprozeß auf den Begünstigten über.²⁾ Diese Meinung muß im Gegensatz zu Art. 13 und 20 BrEG das Vorliegen der unanfechtbaren Enteignungserklärung zur Prozeßvoraussetzung oder Anspruchsgrundlage machen. In seinem despacho saneador (Art. 14 BrEG) müßte demnach der Richter bei einer noch nicht entschiedenen Anfechtung dieser declaração den Prozeß für (noch) unzulässig erklären, oder aber, sieht er die Unanfechtbarkeit der declaração, obwohl er sie nach Art. 20 nicht prüfen kann, als Anspruchsgrundlage an, die Klage als noch nicht begründet zurückweisen. Für eine solche Interpretation spricht wenig, will man nicht den Art. 29 BrEG bemühen, nach dem das gerichtliche Urteil als Titel zur Umschreibung im Grundbuch dient. Daraus könnte man schließen, daß der Titel allein zur Umschreibung genügt, alle anderen Fragen also vom Grundbuchbeamten nicht mehr zu prüfen sind.

Gerade dieser Art. 29 spricht aber dafür, daß, wie hier vertreten³⁾, das Eigentum erst mit Eintragung im Grundbuch übergeht. Folgt man dieser Meinung, so ist dem Grundbuchbeamten nicht nur das zivilgerichtliche Urteil vorzulegen, sondern auch eine rechtskräftige "Enteignungserklärung". War die letztere in einer ação direta, in einem Verwaltungsstreit, so ist das rechtskräftige Urteil über ihre Gültigkeit ebenfalls dem Grundbuchbeamten vorzulegen. Die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsklage ist nach dieser Auffassung ohne Einfluß auf den Zivilprozeß, was allein mit Art. 13 und 20 BrEG vereinbar ist, kommt aber

1) Vgl. BVerwG a.a.O. m.w.N.

2) Vgl. oben Rz. 151~~3~~ und 153

3) Vgl. oben Rz. 151

vor dem entscheidenden Akt der Einschreibung im Grundbuch zum tragen.¹⁾

Die Frage, ob das brasilianische Recht den Eigentümer gegenüber der enteignenden Verwaltung ausreichend schützt, spitzt sich somit zu auf die Prüfung, ob diese Zweiteilung zwischen einem Entschädigungsverfahren und dem getrennten Prozeß über die Rechtmäßigkeit der *declaração de desapropriação* der verfassungsrechtlichen Eigentums-garantie genügt. Die Trennung der richterlichen Tätigkeit in zwei Prozesse kann nur dann dem Grundrecht des Eigentums wie auch der Forderung nach wirksamem Rechtsschutz in Art. 153 §§ 4 und 21 genügen, wenn auf diesem Wege der Eigentümer wirksam vor rechtswidrigem Entzug des Eigentums gesichert ist. Die Frage nach der hinreichenden Sicherung kann daher nur beantwortet werden, wenn geklärt ist, was in den beiden Prozeßarten der richterlichen Kontrolle unterworfen wird.

In der "*ação direta*" - nennen wir sie hier der Unterscheidung halber einmal den Verwaltungsprozeß, auch wenn eine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit im Sinne des deutschen dem brasilianischen Recht fremd ist - in diesem Verwaltungsprozeß können vor allem drei Arten der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, also der Enteignungsverfügung, geltend gemacht werden.

194. a) Es ist dies, geht man nach dem Rang der Normen vor, einmal die Verfassungswidrigkeit des die Verwaltung ermächtigenden Gesetzes. Das Enteignungsgesetz der Union kann der Verfassung widersprechen. Einer der entschiedenen Fälle wurde schon erwähnt: Das Oberste Bundesgericht erklärte die gesetzliche Begrenzung der Höhe der Entschädigung durch das Enteignungsgesetz für verfassungswidrig.²⁾ Ebenfalls verfassungswidrig wäre ein Gesetz, daß eine Enteignung vorsähe, die weder öffentlichem Nutzen noch dem

1) Vgl. Y. Muller Leite, S. 29/30

2) Vgl. oben Rz.108 und 110

Interesse der Sozialordnung des Landes entspräche.¹⁾ Als verfassungswidrig zu verwerfen wäre auch ein Gesetz, das eine nachträgliche Entschädigung bei Enteignung aus utilidade pública zuließe. Im besonderen Fall der interventionistischen Enteignung zum Zwecke der Wirtschaftslenkung oder Errichtung eines Staatsmonopols nach Art. 157 § 8 V.1967²⁾ gehört zur Verfassungsmäßigkeit auch die zwingende Notwendigkeit der Maßnahme (indispensabilidade). An ihr Vorliegen sind strenge Anforderungen zu stellen, sowohl bei Verabschiedung des Gesetzes als auch bei der Prüfung durch den Präsidenten der Republik. Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit ist, daß der angestrebte Erfolg vorhersehbar besser sein muß als der bisherige Zustand. Art. 153 § 4 V. 1969 garantiert, daß auch diese Frage und die des Vorliegens der "indispensabilidade" von der rechtssprechenden Gewalt nachgeprüft werden kann.³⁾

195. b) Entspricht das Gesetz der Verfassung, kann die Enteignungsverfügung dennoch rechtswidrig sein, weil sie dem Enteignungsgesetz nicht entspricht. Dies sind vor allem die Fälle, in denen das Gesetz keine Ermächtigungsgrundlage für den konkreten Fall der Enteignung bietet.

Streitig ist allerdings, ob das Gesetz eine spezifische Ermächtigung geben muß in dem Sinne, daß es die Möglichkeit der Enteignung als Falltyp nennen muß. Bekanntlich enthält Art. 5 BrEG einen Katalog von Enteignungsmöglichkeiten. Ebenso kennt auch der Código Civil in Art. 590 eine solche Aufzählung. Da die Verfassung nur drei weite Begriffe zur Voraussetzung der Enteignung macht und damit den Rahmen der Zulässigkeit der Enteignung steckt, ohne ausdrücklich eine gesetzliche Regelung oder gar die Enteignung durch Gesetz zu verlangen, läßt sich m.E. der Standpunkt vertreten, daß sie insoweit selbst eine ausrei-

1) Pontes de Miranda, S. 390

2) jetzt Art. 163 V.1969

3) op.cit., S. 377 - 379

chende Ermächtigungsgrundlage für Enteignungen bietet. Das bedeutet, daß immer dann eine Enteignung zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des Art. 150 § 22 erfüllt werden und der Entzug des Eigentums einer öffentlichen Notwendigkeit oder dem allgemeinen (nichtfiskalischen) Nutzen entspricht oder wenn er im Interesse der Sozialordnung des Landes erfolgt. Die Verfassung ist somit auch insoweit unmittelbar anwendbares Recht, oder, um mit einigen brasilianischen Autoren in Anlehnung an das amerikanische Recht zu sprechen, "self-executing".¹⁾

196. Nicht nur der Entschädigungsanspruch kann aus der Verfassung selbst abgeleitet werden, sondern auch das Eingriffsrecht des Staates oder sein Enteignungsrecht. Dem entspricht, daß die genannten Aufzählungen im Enteignungsgesetz und im Código Civil gelegentlich nur als beispielhaft angesehen werden.²⁾ Dem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die Verfassung in Art. 8 XVII f V.1967 das Recht zur Enteignungsgesetzgebung nur der Union zuerkennt. Daraus kann nur gefolgert werden, daß weder die Staaten noch die Municipien generelle Regelungen für Enteignungsvorhaben erlassen dürfen. Das bedeutet aber nicht, daß sie nicht im Einzelfall sich auf eine Lückenhaftigkeit der Unionsgesetze berufen und durch Enteignungsdekret nicht auch eine Enteignung veranlassen können, die bislang nicht durch Gesetz aufgezählt wurde. Solange sich der Enteignungszweck unter eines der oben in Kap. III b) und c) näher gekennzeichneten Motive der Verfassung einordnen läßt, kann sich die Verwaltung unmittelbar auf diese berufen, indem sie geltend macht, die gesetzlich geregelten Enteignungsmotive seien nur exemplarisch. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung genügt es, wenn sich der Verwaltungsakt unter die Verfassung einordnen läßt.³⁾

1) Pontes de Miranda, S. 383

2) derselbe, S. 384.

a.A. Oliveira e Cruz, S. 45 und 52

3) Pontes de Miranda, S. 383/4 und 390

Der Umstand, daß Art. 5 p) BrEG auch "die übrigen durch Spezialgesetze vorgesehenen Fälle" als solche der utilidade pública ansehen will, kann nicht zu dem Schluß führen, daß schlechthin eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Enteignung vorliegen müsse. Der Gesetzgeber kann aber der Exekutive in für sie verbindlicher Form die Verfassung erläutern. Daher bleibt diese Vorschrift für die Praxis von größter Bedeutung. Es läßt sich nämlich der Standpunkt vertreten, daß Art. 5 p) BrEG eine gesetzliche Beschränkung des Aktionsfeldes der Verwaltung beinhaltet, indem er ihr engere Grenzen steckt, als es die Verfassung tut. Für diese Auslegung spricht auch Art. 1 BrEG, wonach die Enteignung por utilidade pública (- und sie umfaßt im BrEG auch das Motiv der necessidade pública -)¹⁾ im gesamten Unionsgebiet nur nach diesem Gesetz erfolgen soll.

197. Der Gesetzgeber unterstellte den Enteignungsakt der Verwaltung demnach einem Gesetzesvorbehalt. Dieser hat, wie dargelegt, keinen Verfassungsrang, kann demnach vom Gesetzgeber selbst jederzeit aufgehoben werden.²⁾ Es bedeutet aber, daß der Gesetzgeber eine Berufung auf utilidade (und necessidade) pública durch die Exekutive nur im Rahmen dieses Gesetzes und der in ihm aufgezählten Fälle einschließlich der insoweit durch Art. 5 p) einbezogenen Sondergesetze zulassen wollte.³⁾ Die Aufzählung ist somit

1) Vgl. oben Rz. 64

2) So auch 1953 der Justizminister in einem Bericht an den Präsidenten der Republik, als es um die Ansiedlung von Flüchtlingen aus den Trockenzonen des Nordostens ging. Er führte aus, daß "die verfassungsmäßige Einschränkung des Rechts zu enteignen immer von der einfachen Gesetzgebung abhing, die die Anwendungsfälle definiert und das Verfahren regelt"; in Arquivos do Ministério de Justiça, No. 46, S. 30. Die Notwendigkeit der gesetzlichen Ermächtigung betonte auch der Präsident vor dem Nationalkongreß bei Vorlage eines Enteignungsgesetzes, Diário do Congresso Nacional v. 4.2.1956, S. 857.

3) So vor allem Gonçalves de Oliveira vor dem STF in (Fortsetzung s. S. 198)

nicht exemplarisch, sondern ausschließlich (taxativa).¹⁾ Dafür spricht auch der Umstand, daß die Formulierung des Art. 2 des Dekretgesetzes No. 1.283 vom 18. Mai 1939, nach der "die Aufzählung im Gesetz lediglich exemplarisch ist", im Gegensatz zu anderen Formulierungen dieses Dekretgesetzes keinen Eingang in das Enteignungsgesetz von 1941 fand.²⁾

Eine Enteignung wegen utilidade oder necessidade außerhalb dieser gesetzlichen Ermächtigung wäre daher rechtswidrig und vom Gericht aufzuheben, auch wenn sie sich innerhalb des Verfassungsrahmens halten würde. Die Rechtsprechung prüft somit, ob der Verwaltungsakt sich unter einen der gesetzlich vorgesehenen Fälle mit seiner Begründung einordnen läßt. Der Richter kann also auch die Motive der Enteignung, wie sie von der Verwaltung angegeben werden, zumindest insoweit in seine Überprüfung einbeziehen, als er nicht nur ihre Verfassungsmäßigkeit, sondern auch ihre Übereinstimmung mit den gesetzlich normierten Motiven untersucht.³⁾ Die Fälle der Enteignung können demnach nur vom Kongreß erweitert werden.⁴⁾ Das Gericht bedarf zur Entscheidung in diesem Falle nur einfacher Mehrheit, während es bei der Feststellung der Verfas-

RF 209 (1965), S. 103 f, 114

- 1) Hélio Moraes de Siqueira, S. 80/81;
I. Mascarenhas da Silva, RDA 82 (1965), S. 21 f und
Lb. S. 211 - 221; Carlos Maximiliano, S. 102;
Clovis Bevilacqua, vol. 3, S. 126;
a.A. E. Sodré, S. 40
- 2) Oliveira e Cruz, S. 52
- 3) Cavalcanti, CFC, S. 152; Pontes de Miranda a.a.O.
- 4) TJ do Distrito Federal in AJ 113 (Jan. 1955), S. 176,
das entschied, daß eine Enteignung zugunsten eines
Dritten, die nicht unter einen der in Art. 5 BrEG ge-
nannten Fälle fiel, rechtswidrig sei. (Heute kann nicht
nur der Kongreß, sondern gemäß Art. 53 V.1967 auch die
Regierung ein neues Enteignungsgesetz erlassen, nicht
aber ein Staat oder Munizip.)

sungswidrigkeit der absoluten Mehrheit seiner Mitglieder bedarf, gleichgültig ob ein Gesetz oder nur ein Verwaltungshandeln für verfassungswidrig erklärt werden soll.¹⁾

Allerdings wäre auf Antrag der Exekutive auch ein Gesetz als verfassungswidrig anzusehen, das den Art. 153 § 22 V. 1969 nicht nur erläutern würde, sondern seine Anwendung zum Vorteil der Eigentümer so einengt, daß der Staat an einer Durchsetzung öffentlicher Belange über Gebühr behindert wird.²⁾ Die Abgrenzung zwischen rechtmäßiger Selbstbeschränkung des Staates durch einen vom Gesetzgeber postulierten Gesetzesvorbehalt und einer unzulässigen Einengung staatlicher Funktionen durch ein verfassungswidriges Enteignungsverbot dürfte theoretisch schwer zu ziehen sein. Festzuhalten bleibt aber, daß die Verfassung selbst für die Enteignung keinen Gesetzesvorbehalt macht.

Im Gegensatz dazu enthält die Verfassung von 1969, wie schon ihre Vorgängerin von 1946, für die Intervention im Wirtschaftsleben und zur Schaffung von Staatsmonopolen den Gesetzesvorbehalt.³⁾ Andererseits wurde diese Enteignungsvoraussetzung für die Neuverteilung des Eigentums, wie sie schon die Verfassung von 1946 in Art. 147 enthielt, nicht ausdrücklich aufrecht erhalten. Für diesen wichtigsten Fall im "interêsse social" macht die Verfassung von 1969 nicht (mehr) den Gesetzesvorbehalt. Allerdings müssen bestimmte Voraussetzungen der Enteignung nach Art. 160 V.1969 wie in dem durch die Emenda von 1964 neu gefaßten Artikel 147 V. 1946 gesetzlich normiert werden,⁴⁾ bevor die Exekutive die Pläne und Enteignungsdekrete erlassen kann.

1) Art. 116 V. 1969

2) Pontes de Miranda, S. 384

3) Art. 160 § 8 V.1969 und Art. 146 V.1946

4) Vgl. Art. 160 §§ 3 und 4 V.1969, Art. 5 §§ 3 und 4 der Emenda Constitucional No. 10 vom 9.11.1964

Während der Gesetzgeber somit in den Fällen der utilidade (und necessidade) pública von der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zur Enteignung ausgeht, hat er 1962 im Gesetz über die Enteignung im "interesse social" ebensowenig wie im Estatuto da Terra definiert, daß nur in den dort vorgesehenen Fällen die Verwaltung zur Enteignung berechtigt sein soll.

Für die gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Enteignungsdekretes ist dieser Unterschied von Bedeutung. Soweit die Verwaltung der gesetzlichen Ermächtigung zur Enteignung bedarf, kann das Gericht jedes Enteignungsdekret am jeweiligen Gesetz messen. Erfüllt es nicht einen der dort aufgeführten Fälle, so ist es rechtswidrig. Das Gericht trifft diese Entscheidung mit einfacher Mehrheit. Bedarf dagegen der Staat nicht einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, so ist das Dekret wie ein Gesetz unmittelbar mit den Normen der Verfassung zu überprüfen. Will das Gericht es für verfassungswidrig erklären, muß es gemäß Artikel 116 V.1969 mit der absoluten Mehrzahl seiner gesetzlichen Mitglieder erkennen. Ersteres trifft, folgt man der obigen Auslegung, im Falle der necessidade oder utilidade zu, letzteres in dem des interesse social.

198. Auch jede andere Art der Rechtswidrigkeit kann mit der ação direta geltend gemacht werden. Hierhin gehören alle formellen und materiellen Verstöße gegen die Enteignungsgesetzgebung. Insoweit ergibt sich jedoch eine Überschneidung mit dem Gegenstand des Entschädigungsverfahrens. Da nach Artikel 20 BrEG Verstöße gegen die Verfahrensordnung auch im Enteignungsprozeß gerügt werden können, sind sie in beiden Prozessen nachprüfbar.

Dennoch läßt sich bezüglich der formellen Fehler des Enteignungsverfahrens folgende Abgrenzung treffen. Das Bestreben, unterschiedliche Entscheidungen zweier Gerichte zur gleichen Frage zu vermeiden, und der Wortlaut des Artikels 20 BrEG (vício de processo judicial) legen es nahe,

im Verfahren der ação direta neben der materiellen auch die formelle Rechtmäßigkeit des Enteignungsdekrets zu überprüfen und im eigentlichen Enteignungsprozeß nur die Einhaltung der Verfahrensregeln in dieser Klageart als Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle zuzulassen. Dennoch lassen sich Überschneidungen nicht vermeiden, da die Klageschrift der Verwaltung im Entschädigungsverfahren nach Art. 13 BrEG nicht nur das Preisangebot enthalten, sondern ihr auch das veröffentlichte Enteignungsdekret beigelegt sein muß. Dessen formelle Wirksamkeit muß notwendigerweise auch im Entschädigungsverfahren untersucht werden können, in dem zur Anspruchsgrundlage des Staates konstitutiv eben auch ein formell ordnungsgemäß erlassenes und verkündetes Enteignungsdekret gehört.

- c) Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit wie der Übereinstimmung mit den besonderen Gesetzen gehört vor allem auch
199. die Frage nach den Grenzen der Enteignungsermächtigung des Staates. Sowohl dem Mißbrauch als auch der Überschreitung des Rechts zur Enteignung muß auf die "Verwaltungsklage" des Betroffenen hin das Gericht entgegentreten.¹⁾ Mit dieser Kontrolle gegenüber "abuso" oder "excesso do poder" stößt das Gericht zugleich aber auch an die Grenzen der Gewaltenteilung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung.

Gerade gegen den rechtsmißbräuchlichen Akt der Verwaltung, gegen den Machtmißbrauch, gewährt die Verfassung ausdrücklich den mandado de segurança, Art. 153 § 21 V. 1969. Auch insoweit geht aber nach der oben erwähnten Lehre von der Subsidiarität des mandado die gesetzlich vorgeschriebene Ação direta vor.

Während die Rechtsprechung zunächst in Brasilien nur sehr zögernd auch die Kontrolle des Verwaltungshandelns als ihre Aufgabe ansah, stützt sich die Literatur zur Rechtfertigung der Überprüfung, ob ein Machtmißbrauch vorliegt,

1) Rodrigues, S. 24 ff; Pontes de Miranda, S. 416 ff.

vor allem auf die Autorität der Werke des berühmtesten brasilianischen Juristen Rui Barbosa. Er lehrte, daß den Gerichten "immer auch die Prüfung obliegt, ob die Grenzen der politischen Befugnis, auf die sich der eingreifende Staat beruft, tatsächlich die ausgeübte Berechtigung umfassen."¹⁾ Auch dort, wo es sich um völlig freie Ermessensentscheidungen handele, könnten die Gerichte zumindest zwei Fragen nachgehen, wenn sie im Prozeß aufgeworfen würden, nämlich der, ob dem Staat wirklich derartige Befugnisse und ein freies Ermessen eingeräumt seien, und der nach dem Umfang der Ermächtigungsgrundlage.²⁾ Die Überschreitung des vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraums (- auch die "Ermessensunterschreitung", das Nichtausüben des Ermessens -) ebenso wie der Ermessensmißbrauch können somit auch im brasilianischen Recht von den Gerichten überprüft und den fehlerhaften Entscheidungen die Vollstreckung versagt werden.

Zwar ist es Sache der Exekutive, in jedem Fall nach freiem Ermessen (*descricionáriomente*) im Rahmen der Begriffe der "necessidade" oder der "utilidade pública" zu entscheiden. Er beschließt insoweit, wie C. Maximiliano es formuliert, mit "soveräner Autorität". Doch ergibt sich daraus noch nicht das absolute Recht, jedwedes Gut zu enteignen. Ein Rechtsmißbrauch wäre insbesondere die Enteignung zugunsten einer Privatperson, einer Gruppe etc., auch dann, wenn die Enteignung indirekt der ganzen Gesellschaft zugute kommt.³⁾ Wird die verfassungsmäßige Ermächtigung zur Ermessensentscheidung überschritten oder mißbraucht, so handelt die Exekutive willkürlich (*arbitrário*).

Auch im brasilianischen Recht steht dem Enteigneten nicht die Befugnis zu, mit dem Staat über die Motive der Enteig-

1) Rui Barbosa, Atos Inconstitucionais, vgl. Irineu Machado in RD 1956 (No.3), S. 178/9

2) Rui Barbosa, a.a.O., S. 180

3) C. Maximiliano, S. 105 (Rz.539)

nung zu verhandeln, wenn die Gründe sich im Rahmen der zulässigen Motivationen halten. Weder im Verwaltungsprozeß noch im eigentlichen Enteignungsprozeß kann daher erörtert werden, ob beispielsweise der Verkehr in einer Straße so stark ist, daß sie verbreitert werden muß, oder ob der Ausbau eines Marinehafens notwendig ist.¹⁾ Steht jedoch hinter der Enteignung ein sachfremdes Motiv, das die einschlägige Gesetzgebung oder die Verfassung selbst nicht zuläßt, so kann der Eigentümer durch den mandado de segurança geltend machen, es liege ein Rechtsmißbrauch oder eine Ermessensüberschreitung vor. Dies gilt auch dann, wenn zur Begründung der Maßnahme ein grundsätzlich zulässiges Motiv vorgeschoben wird. Hiergegen einzuschreiten, ist die rechtsprechende Gewalt berufen.²⁾

200. Zur Frage der Ermessensüberschreitung gehört auch das Maß der Enteignung. Zwar gilt auch hier, daß im Rahmen des Ermessensspielraums der Bürger die Entscheidung der Verwaltung über das Ausmaß der Eingriffe des Staates nicht der gerichtlichen Kontrolle unterwerfen kann. Ist der Staat der Auffassung, daß beispielsweise die Straße vier- oder sechsspurig sein muß, so wird die Entscheidung sich regelmäßig der gerichtlichen Kontrolle entziehen. Dort aber, wo der Rahmen des von der Verwaltung angeführten Enteignungsmotives erkennbar durch die Enteignung überschritten würde, kann das Gericht die declaração de desapropriação wegen Ermessensüberschreitung auf das notwen-

1) Beispiele bei C. Maximiliano a.a.O.

2) Oliveira e Cruz, S. 53/54; C. Macimiliano, S. 16. Er berichtet übrigens auch den Fall des Müllers von Potsdam, der, als Friedrich II. ihn zu enteignen drohte, um seinen Park zu erweitern, seinem Herrscher mit den "Richtern in Berlin" drohte, und nennt das Einlenken des Herrschers ein "lehrreiches Beispiel für so viele heutige Verwaltungsvertreter" in Sachen des Respekts vor Rechten des Bürgers.

Der STF hat die Beschränkung auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit unter Ausschluß des Ermessensspielraums seit langem betont; vgl. STF in AJ 43, S. 451 und 41, S. 301

dige Maß beschränken. Die Übermaßenteignung kann dem Staat entgegengehalten werden.¹⁾

Ein besonderes Problem im Rahmen der Frage nach der Notwendigkeit der Enteignung ergibt sich hier aus dem Grundsatz, daß die Enteignung das letzte Mittel, die "ultima ratio" sein soll. Stehen dem Staat zur Erreichung seiner Ziele mehrere Wege offen, so zwingt ihn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu, den schwersten Eingriff in die Privatsphäre erst als letzte Möglichkeit ins Auge zu fassen.²⁾

Hierbei sind wieder die beiden Stufen des Enteignungsverfahrens zu unterscheiden. Die Anwendung des Grundsatzes, daß die Enteignung nur als ultima ratio zulässig sei, ist verhältnismäßig einfach im Rahmen der exekutiven Stufe. Liegt ein Plan oder eine sonstige Planungsentscheidung vor, so ist im Regelfall auch überprüfbar, ob die Durchführung die volle Enteignung notwendig macht oder ob nicht die Belastung des Grundstücks mit bestimmten dinglichen Rechten (Leitungsrechte etc.), beispielsweise der Entzug nur eines Teils des Bodens oder der Abriß nur eines Gebäudeteils, genügen würde.

Ungleich schwerer erscheint die Anwendung des Grundsatzes im Planungsverfahren. Das Bundesverwaltungsgericht hat für den deutschen Rechtskreis die Anwendung der Enteignungsgrundsätze auf das Planverfahren abgelehnt, gleichzeitig aber betont, daß auch im Planverfahren der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelte und der Staat gehalten sei, die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.³⁾ Der Hinweis gegen Ende des Urteils, daß das

1) Pontes de Miranda, S. 417, der allerdings diese Prüfung unterschiedslos im Enteignungsprozeß vornehmen möchte.

2) Vgl. den Rz. 69 und BVerwG v. 26.4.1968 in VwRspr 19,

3) BVerwG v. 30.4.1969 in NJW 1969, 1869

Abwägungsgebot das Planungsermessen des Staates nicht in Frage stelle, löst die Konkurrenz dieses Begriffspaares ebensowenig wie das brasilianischen Entscheidungen gelang.

Nach dem oben Ausgeführten dürfte zu unterscheiden sein: Geht schon die declaração über das rechtlich zulässige Maß hinaus, ist diese in der ação própria anzufechten; geht dagegen die Forderung des Staates im späteren Enteignungsprozeß über das hinaus, was die declaração zuvor zum Gegenstand der Enteignung machte, so kann dies im eigentlichen Enteignungsprozeß geltend gemacht werden. Denn für die richterliche Entscheidung ist erforderlich, daß das vom Enteignenden vorgelegte Dekret den geforderten Gegenstand oder das sonstige Eigentum, das der Staat an sich ziehen möchte, umfaßt.¹⁾ Auch das Vorliegen des von der Verwaltung angeführten Enteignungsgrundes kann von der Dritten Gewalt überprüft werden. Mit der Einschränkung durch den erwähnten freien Ermessensspielraum gilt dies zumindest insoweit, als der Eigentümer geltend macht, der Staat führe den (legalen) Grund nur zum Schein ins Feld, in Wirklichkeit gehe es um ganz andere Motive, die ihrerseits nicht die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllten. Stellt sich dies im Prozeß heraus, so ist die declaração rechtsmißbräuchlich und daher rechtswidrig.²⁾ Aus all dem ist ersichtlich, daß im Rahmen der ação própria eine umfassende Überprüfung der Enteignungserklärung, des decreto

1) Pontes de Miranda, S. 416

2) Pontes de Miranda, S. 409; seine Formel, daß der Richter das Vorliegen des Enteignungsgrundes überprüft, ist in dieser Allgemeinheit mißverständlich. Die richterliche Kontrolle kann wohl nur dort einsetzen, wo der dem Staat eingeräumte Ermessensspielraum ersichtlich überschritten wird. Die Entscheidung der Verwaltung dürfte auch nach brasilianischem Recht unangreifbar sein, soweit es um unterschiedliche Bewertungen an sich zulässiger Motivationen im Rahmen eines vorgesehenen Enteignungsgrundes geht.

de desapropriação (oder des "plano" im Falle des Estatuto da Terra) möglich ist.

Da das Enteignungsgesetz (und ähnlich auch das Estatuto da Terra, Art. 35) dieses Dekret zur Voraussetzung einer Enteignungsklage macht, hat es konstitutive Wirkung hinsichtlich des von der Verwaltung einzuklagenden Enteignungsanspruchs. Das Gericht ist gehalten, vor Erlaß des despacho saneador auch das Vorliegen dieser Voraussetzung zu prüfen. Erkennt man aber der ação própria eine aufschiebende Wirkung zu, wie oben dargelegt, so fehlt es bis zum Abschluß dieses "Verwaltungsprozesses" an einem wirksamen Enteignungsdekret. Folgt man der anderen Meinung, daß der ação direta eine aufschiebende Wirkung nicht zukomme, so muß man den mandado de segurança zulassen.¹⁾ Er zumindest hätte dann aufschiebende Wirkung, so daß es ebenfalls zu einer Enteignungsklage noch an einem wirksamen Enteignungsdekret fehlen würde. Damit liegt aber ein ausreichender Rechtsschutz auch bei der Zweiteilung der gerichtlichen Prüfung vor.

201. Im Falle der vom Staat geltend gemachten "urgência" wäre auch diese vor dem Gericht mit dem Ziel der einstweiligen Besitzeinweisung überprüfbar. Auch hier ist also ausreichender Rechtsschutz gemäß Art. 153 § 4 V.1969 garantiert. Zwar ist auch der Begriff der Dringlichkeit insoweit nicht in vollem Umfang überprüfbar, als der Verwaltung überlassen bleiben muß zu entscheiden, wann im Einzelfall ein dringendes Vorhaben ansteht und wann es Aufschub duldet. Den Gerichten steht aber eine Überprüfung der von der Verwaltung vorgebrachten objektiven Momente und Merkmale der Dringlichkeit offen.
202. Für einen ausreichenden Rechtsschutz ist schließlich auch entscheidend, welcher Instanzenzug zur Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung des angerufenen Gerichts

1) Pontes de Miranda, S. 390

zur Verfügung steht.

Das brasilianische Prozeßrecht kennt sechs Rechtsmittel (recursos) gegen eine erstinstanzliche Entscheidung.

Art. 808 CPC nennt:

- a) die Appellation (apelação). Dieses Rechtsmittel greift gegen erstinstanzliche Urteile ein. Es kann aufgrund freier Entscheidung der beteiligten Parteien oder von dritter beschwerter Seite eingelegt werden, kann aber auch notwendig oder obligatorisch (ex officio) erfolgen. Zu den letzteren Fällen gehört insbesondere die "apelação" durch den Richter selbst. Es handelt sich hier um eine Eigenart des brasilianischen Rechts, die sicherstellt, daß das erstinstanzliche Gericht den Fall unter bestimmten Voraussetzungen der nächsthöheren Instanz vorlegen muß.
- b) den Einspruch wegen Nichtigkeit oder Verletzung der Rechtskraft (embargos de nulidade ou infringentes do julgado). Es ist zulässig gegen Appellationsentscheidungen, die nicht einstimmig erfolgt sind, im Wiederaufnahmeverfahren und im Verfahren des mandado de segurança nach Art. 153 § 21 V.1969, oder auch gegen einstimmige Appellationsurteile in bestimmten Fällen, die hier nicht näher interessieren.
Dieser Einspruch ist schließlich auch zulässig gegen Urteile erster Instanz, soweit der Streitwert eine bestimmte Summe (früher 2.000 Crs, mehrfach geändert wegen der Inflation) nicht übersteigt.
- c) die Beschwerde (agravo), das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gerichts, die nicht den Streitgegenstand betreffen, den Streit nicht beenden. Die Beschwerde ist also vornehmlich gegen Beschlüsse und prozeßleitende Verfügungen gegeben.

- d) die Revision (revista). Sie ist immer dann zulässig, wenn widersprechende Endurteile von mindestens zwei Kammern, Senaten oder vereinigten Kammern vorliegen über das gleiche Rechtsverhältnis. Die Revision greift aber nur dann ein, wenn der Grund der Abweichung eine unterschiedliche Rechtsauffassung ist. Sie hat keine aufschiebende Wirkung.
- e) den Einspruch wegen Unklarheit, Lückenhaftigkeit oder Widersprüchlichkeit eines Urteils (embargos de declaração). Mit diesem Rechtsmittel kann die Berichtigung und Ergänzung eines Urteils verlangt werden.
- f) den außerordentlichen Rekurs (recurso extraordinário). Er dient der Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Der Rekurs ist zulässig in zwei Fällen: einmal, soweit eine Abweichung gerichtlicher Entscheidungen von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vorliegt, zum anderen in den Fällen, in denen eine irrige Auslegung der Bundesgesetze durch nachgeordnete Gerichte gerügt wird. In den zuletzt genannten Fällen ist der Rekurs jedoch auf in der Verfassung abschließend aufgezählte Fragenkreise beschränkt, Art. 119, V.1969. Er hat keine aufschiebende Wirkung.

203. Das Enteignungsgesetz regelt ausdrücklich die Zulässigkeit der Appellation. Sie hat jedoch nach Art. 28 BrEG nur devolutive Wirkung, wenn sie vom Enteigneten eingelegt wird. Das Urteil kann somit trotz Appellation des beklagten Eigentümers vollstreckt werden. Legt dagegen der enteignende Kläger dieses Rechtsmittel ein, so führt es nicht nur zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, wenn der Appellation stattgegeben wird, sondern hat auch aufschiebende Wirkung. Das Urteil kann also nicht vollstreckt werden, wenn der Kläger appelliert. Diese unterschiedliche

Behandlung erscheint angemessen. Sie verhindert, daß der Eigentümer die öffentlichen Arbeiten noch weiter aufhalten kann, nur weil er mit dem Wertersatz nicht zufrieden ist. Nachdem wenigstens ein Gericht insoweit gegen ihn entschieden hat, erscheint es zumutbar, daß sein Rekurs nicht mehr aufschiebende Wirkung hat. Da ein Rekurs des Eigentümers, wenn nicht der Staat ebenfalls in Rekurs geht, nicht mehr zu einer Herabsetzung des Wertes in zweiter Instanz führen kann, dürfte der Meinung von Sodré zu folgen sein, daß der Eigentümer ungeachtet der Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils den vom Kläger hinterlegten Betrag nunmehr auslösen kann. Zwar erkennt Art. 33 § 2 ihm nur das Recht zu, sich 80 % auszahlen zu lassen. Da er aber in zweiter Instanz nicht schlechter gestellt werden kann als in erster, wenn nur er in Rekurs gegangen ist, erscheint der durch Urteil festgestellte Preis als Mindestpreis. Er kann ihn, soweit nicht Art. 34 BrEG entgegensteht, sich auszahlen lassen.¹⁾ Da sein Rekurs keine aufschiebende Wirkung hat, würde m.E. die Auszahlung von nur 80 % dem Grundsatz vorheriger Entschädigung nach Art. 153 § 22 widersprechen.

Andererseits wird auch der Staat durch diese Regelung unter Druck gesetzt, indem das Gesetz seinem Rekurs aufschiebende Wirkung beilegt. Erscheint ihm der Preis zu hoch, so wird er abwägen müssen, ob ihm an einer schnellen Durchführung mehr gelegen ist als an einer geringeren Entschädigung.²⁾

Die oben erwähnte Eigenart, daß auch der Richter selbst sein Urteil der nächsthöheren Instanz vorlegen muß, ist auch im Enteignungsgesetz vorgesehen. Nach Art. 28 § 1 BrEG muß der Richter von Amts wegen den Rekurs einleiten, wenn er den Staat (die Fazenda Pública) zu einer Ersatzsumme verurteilt, die das Angebot des Enteignenden um mehr

1) E. Sodré, S. 271

2) Vgl. E. Sodré, S. 270/1

als 100 % übersteigt.

Die apelação ist zulässig bei einem Streitwert von mehr als 2.000 Cruzeiros. Dagegen sind die beiden Arten des Einspruchs wegen Nichtigkeit oder Rechtskraftverletzung und des Einspruchs wegen Unklarheit, Lückenhaftigkeit oder Widersprüchlichkeit des Urteils bei einem Streitwert von 2.000 Cruzeiros oder weniger zulässig.

203. Der Einspruch wegen Nichtigkeit oder Rechtskraftverletzung ist binnen fünf Tagen nach Erlaß des Urteils beim judex a quo unter Beifügung der Einspruchsgründe einzulegen. Der Einspruchsgegner ist hierzu vor Ablauf von fünf weiteren Tagen zu hören. Der Richter entscheidet alsdann binnen zehn Tagen durch Aufhebung und Änderung des Urteils oder indem er den Einspruch selbst verwirft. Wird der Einspruch damit begründet, daß das Urteil unklar, lückenhaft oder widersprüchlich sei, so muß die Einspruchsschrift innerhalb von 48 Stunden vorgelegt werden und angeben, inwieweit das Urteil unklar, unvollständig oder widersprüchlich sein soll. Eine Anhörung des Gegners ist in diesem Fall nicht erforderlich.
204. Ausschlaggebend für den zulässigen Rekurs ist somit der Streitwert. Für ihn ist nicht entscheidend der in der Klage des Staates angebotene Preis, sondern der Wert, den das richterliche Urteil feststellt. Nach Art. 48 Prozeßgesetzbuch unterliegt die Streitwertangabe des Klägers dem Recht des Beklagten, sie zu beanstanden, und kann vom Richter revidiert werden. In einem Verfahren der Enteignung geht es aber im Kern um diesen Wert, nämlich den Wert des zu enteignenden Eigentums. Da er im Enteignungsprozeß immer vom Richter festgestellt wird, kann dies nur bedeuten, daß hier in Anwendung des Art. 48 allein dieses Werturteil den Streitwert festsetzt.¹⁾

1) E. Sodré, S. 269/270

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß das brasilianische Recht eine ausreichende gerichtliche Kontrolle garantiert sowohl gegenüber dem Planungsverfahren als auch im Rahmen des getrennten zivilistischen Streitverfahrens über die Höhe der Entschädigung und mit dem Ziel der Eigentumsübertragung. Wendet man mit der moderneren Literatur die strenge Rechtsschutzgarantie der Verfassung an, so besteht kein Zweifel an dieser Aussage. Dennoch bleiben zwei Mängel erkennbar. Der eine folgt aus den zumindest mißverständlichen Beschränkungen der Rechtskontrolle durch das Enteignungsgesetz von 1941, die erst bei verfassungskonformer Auslegung entschärft werden. Insoweit wäre eine Klarstellung in einer Novelle zu begrüßen. Der zweite Mangel beruht auf einer gelegentlich allzu staatstreuen Handhabung des geltenden Rechts durch untere und höchste Gerichte. Die zitierte Rechtsprechung macht dies deutlich. Es gilt leider noch häufig, was Pontes de Miranda unter der Geltung der Verfassung von 1946 schrieb: "Es ist bedauerlich, daß die Rechtsprechende Gewalt in Brasilien nicht jenen inneren Antrieb zur Unabhängigkeit hat, den die Verfassung ihr gibt."¹⁾

Der Austausch unbequemer Richter durch das neue Regime²⁾ dürfte diese Unabhängigkeit nicht gerade gefördert haben. Es bleibt zu hoffen, daß der Grundsatz der scharfen Trennung sich durchsetzt, wie Art. 12 BrEG dies postuliert und die Verfassung sie garantiert. Immerhin hat die Rechtsprechung in anderem Zusammenhang gesetzliche Normen mißachtet, wenn sie es für verfassungsrechtlich geboten hielt.³⁾

1) Pontes de Miranda, Comentários à Const. de 1946, vol. 2, Art. 94 Anm. 3 (S. 156)

2) Vgl. FAZ vom 18.1.1969

3) Vgl. Rz. 108

§ 11) DIE RÜCKENTEIGNUNG (RETROCESSÃO)

205. Einen breiten Raum hat in den letzten Jahren in der brasilianischen Literatur das Problem der Rückenteignung, des "direito de retrocessão" eingenommen. Die ungewöhnlich starke Beachtung dieses Themas im Rahmen des Enteignungsrechts hat ihre guten Gründe. In einer Zeit des ständigen Währungsverfalls und gleichzeitig erstaunlicher wirtschaftlicher Expansion stehen vor allem die Bodenpreise im Vordergrund allen Geschehens. Die Flucht in Grundstückswerte und die Spekulation mit ihnen im Rahmen der ständig steigenden Preise führen zu einer explosiven Bautätigkeit in allen Städten Brasiliens, vor allem aber in den förmlich platzenden Großstädten wie São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre, Belo Horizonte und vielen anderen, nicht zuletzt im neu gegründeten Brasília.

Mit atemberaubendem Tempo werden alte Häuser niedergeissen, entstehen Wolkenkratzer und Hochhäuser, neue Straßen, Tunnels und Parkanlagen und werden Planungen von immer neuen Entwicklungen überholt. Nichts ist in derartig revolutionären städtebaulichen Prozessen lukrativer als das Geschäft mit Grund und Boden, Häusern und Eigentumswohnungen. Die Rasanz dieser städtischen Umwandlung, verschärft durch die erwähnte Flucht in Sachwerte infolge der (unter Kubitschek bewußt angestrebten) Inflation bringt es aber mit sich, daß manche staatliche Maßnahme nach wenigen Jahren oder gar Monaten überholt, unzweckmäßig und sinnlos erscheint. Wo heute noch die Verbreiterung einer Straße ausreichend sein mag, ist schon morgen die völlige Neutrasseierung an benachbarter Stelle erforderlich. Wenn beispielsweise eine Stadt wie São Paulo jährlich um mehr als 200.000 Einwohner zunimmt, bleibt es nicht aus, daß immer neue Pläne bisherige Projekte überholen und ersetzen müssen.

Aus dieser Situation erklärt sich das besondere Interesse

- der Enteigneten an der im Bürgerlichen Gesetzbuch normierten Pflicht des Staates, ein enteignetes Grundstück oder Haus, das nicht gemäß der Enteignungsbestimmung verwertet worden ist, dem ursprünglichen Eigentümer zum Rück-
206. erwerb anzubieten. In Art. 1.150 CC heißt es wörtlich:

"Bund, Bundesland oder Munizip sind verpflichtet, dem Alt-Eigentümer die enteignete Liegenschaft (imóvel) zum Erwerbspreis anzubieten, soweit sie nicht die Bestimmung erhält, deretwegen sie enteignet worden ist."

Das bedeutet, daß der Staat, der den Einzelnen aus Gründen des Gemeinwohls enteignet hat, das entzogene Gut genau dem Zweck zuzuführen hat, dem es gemäß dem Enteignungsdekret und der im Prozeß gegebenen Enteignungsbegründung dienen sollte.¹⁾ Geschieht dies nicht, lebt gleichsam das ehemalige Eigentumsrecht des Bürgers in Form eines gesetzlichen Ankaufs- oder Vorkaufsrechts wieder auf.

207. Über den Charakter dieses Rechts herrscht weitgehend Streit. Schwierigkeiten bereitet insoweit vor allem die Stellung des Art. 1.150 CC im systematischen Zusammenhang dieses Gesetzbuches. Der Abschnitt der Artikel 1.149 bis 1.157 VV handelt vom Rückkaufs- oder Vorrecht und steht unter dem Titel der "Sonderregeln über Kauf und Verkauf", Art. 1.140 ff CC. Diese Stellung im Recht der Obligationen (Schuldrecht, 3. Buch des CC, Art. 863 - 1.571) und der Wortlaut des Art. 1.150 CC selbst, der den Staat lediglich zu einem Angebot verpflichtet, lassen die Ansicht selbstverständlich erscheinen, es handele sich um eine schuldrechtliche Regelung. Nach dieser Auffassung ist der Anspruch des Enteigneten auf Rückübertragung obligatorischer, nicht aber dinglicher Art.

1) "Es muß genau das Ziel beachtet werden, das im Dekret angegeben wurde. Ein Ersetzen dieses Ziels, wie es ursprünglich vorgesehen war, durch ein anderes Ziel des Gemeininteresses ist unzulässig."
Moraes de Siqueira, S. 133 u. 27 f

Folgt man dieser Meinung¹⁾, müßte man konsequenterweise die übrigen Vorschriften dieses Abschnittes, soweit sie vom vertraglichen Rückkauf handeln, auf das gesetzliche Vorzugsrecht des Enteigneten anwenden.²⁾ Das bedeutet, daß ungeachtet der Vorschrift des Art. 75 CC nach dem zu jedem Recht auch eine entsprechende Klagemöglichkeit des Rechtsinhabers gehört, der Enteignete hier nicht auf Rückgabe oder Rückübereignung klagen könnte, da Art. 1.150 CC ihm keinen Anspruch gibt, sondern nur den Staat zu einem Angebot verpflichtet. Dem Alt-Eigentümer bliebe nur die Möglichkeit, den Staat zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern, Art. 1.151 CC.

Sein Recht würde zudem nach einem Angebot des Staates binnen drei Tagen im Falle einer beweglichen Sache und binnen dreißig Tagen bei einer Liegenschaft verfallen, Art. 1.153 CC. Vor allem aber würde das Recht des Enteigneten zu einem bloßen Anspruch auf Schadensersatz (perdas e danos) schrumpfen, wenn der Staat ihn von der Verkaufsabsicht nicht in Kenntnis setzt oder sonst die Rückabwicklung vereitelt, Art. 1.156 CC.³⁾

208. Kritik an. Er geht hierbei von der Eigentumsgarantie der Verfassung aus. Das Recht des Eigentümers, sein Gut zurückzuerhalten, wenn der Staat dessen im Gegensatz zu seiner vorherigen Darstellung und entgegen der Begründung der Enteignung nicht bedarf, ist ein konsequenter Bestandteil der Eigentumsgarantie in Art. 150 § 22 V.1967 (vorher in Art. 141 § 16 V.1946).⁴⁾ Wenn aber die Verpflichtung des

1) Als schuldrechtlich sehen die Verpflichtung an: Whitaker, S. 114; Clóvis Beviláqua, Bd. 3, S. 148; Sílvio Rodrigues, Bd. 3, S. 208; Onofre Mendes Junior, S. 301; E. Chamoun, Retrocessão, S. 31 f, 37

2) a.A. Gama Cerqueira, EmbargosNo. 13.781, S. 66

3) So E. Chamoun, Retrocessão, S. 45/46

4) Moraes de Siqueira, S. 47, 60/61 und 77; Oliveira e Cruz, S. 121; Gama Cerqueira, S. 66; ebenso: STF in Diário da Justiça v. 17.3.1958, S. 1.179; TJ de São Paulo in RdT 191 (1951), S. 254 ff und 1954 in Embargos No. 62.397

Staates nicht auf einem Vertrag nach bürgerlichem Recht, sondern unmittelbar auf der Verfassung beruht, so erscheint es fraglich, ob die Einordnung des Rechts auf Rückübertragung des Eigentums in die schuldrechtlichen Vorschriften der Art. 1.149 ff CC richtig war. Der Gedanke liegt nahe, daß es sich hierbei um eine unglückliche Entscheidung des Gesetzgebers handelt, der damals stark unter dem Einfluß der Lehre von der Enteignung als einem Zwangskauf oder Zwangsverkauf stand.¹⁾ Dafür sprechen auch die Formulierung des Art. 1.150 CC, der den Staat zu einem "Angebot" an den Enteigneten verpflichtet, die Einordnung unter die Vorschriften über Kauf und Verkauf²⁾, und in unmittelbarem Zusammenhang mit Vorkauf- oder Rückkaufsrechten. Die zivilistische Auffassung und die Tendenz, auch die Tätigkeit des Staates weitgehend mit zivilrechtlichen Theorien zu erfassen, fand hier ihren Niederschlag. Konsequenterweise sprechen daher zahlreiche Autoren von einem gesetzlichen Vorkaufsrecht oder einem Recht auf das erste Angebot.³⁾ Angesichts der Garantie des Eigentumsrechts in der Verfassung erscheint es aber fraglich, ob die oben er-

-
- 1) So zuletzt noch Y. Muller Leite, S. 25/26, wenn sie schreibt:
"Das Vorkaufs- oder Vorzugsrecht besteht, entsprechend unserem Zivilgesetzbuch, in der Verpflichtung des Käufers eines Gutes (bem), dem Verkäufer die Möglichkeit zu gewähren, es wiederzuerwerben, und zwar dasselbe Gut zum gleichen Preis, falls jener es veräußern will. Und die Enteignung ist eine Art von Zwangsverkauf (venda forçada), ..." Wenig später aber meint Muller Leite, das Recht auf retrocessao oder reaquisicao (Rückwerb) werde durch Klage auf Herausgabe (reivindicacao) realisiert. Reivindikation setzt aber ein dingliches Recht und nicht einen schuldrechtlichen Anspruch voraus
 - 2) "Das cláusulas especiais á compra e venda", Art. 1.140 ff CC
 - 3) "preempção legal", E. Chamoun, a.a.O., S. 37; C. Bevilacqua, a.a.O.; vgl. auch Moraes de Siqueira, S. 51

209. wählten anderen Regeln des gleichen Abschnitts des Código Civil auf das Recht der retrocessão anwendbar sind. So wird denn auch vielfach der Standpunkt vertreten, bei der Rückenteignung handele es sich um ein "echtes dingliches Recht" (um verdadeiro direito real).¹⁾ Mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Unverletzlichkeit des Eigentumsrechtes sei es schlechthin unvereinbar, daß die Pflicht des Staates zur Rückübereignung sich, wie es Art. 1.156 CC oder auch Art. 35 BrEG vorsähen, nahezu regelmäßig in einen Anspruch des Enteigneten auf Schadensersatz auflösen solle. Da dieser schon Wertersatz erhalten habe, sei ein Schadensersatzanspruch vielfach wertlos. Die Einordnung der retrocessão in das Bürgerliche Gesetzbuch sei daher ein klarer Redaktionsfehler.²⁾ Im Enteignungsrecht von 1903 war die retrocessão als ein dingliches Recht vorgesehen.³⁾ Dieser historische Hintergrund dürfte den Streit um den Rechtscharakter der "Rückabtretung" erläutern, nachdem das Gesetz von 1941 die retrocessão nicht mehr erwähnt hat.

Die Lehre von der retrocessão als einem echten dinglichen Recht hat vor allem in der Literatur weithin Anklang gefunden. Nach dieser Auffassung ist die "Rückabtretung"⁴⁾ würde man wörtlich übersetzen, von dem im Zivilschuldrecht geregelten Vorkauf streng zu unterscheiden. Sie sei Bestandteil der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie. Das Zivilrecht könne daher nur die Folgen nennen, nicht aber gleichsam das Verfassungsrecht ändern und beschränken.⁵⁾ Die Begründung für ein dingliches Recht wird gelegentlich unmittelbar in der Verfassung gesucht. Ein durch sie eindeutig gesichertes Recht könne nicht einfach schuldrechtlicher Art sein und sich letztlich in

1) Gama Cerqueira, Direito da Retrocessão, S. 14 + 66

2) Gama Cerqueira, ebda.

3) Art. 14 des Dekrets No. 4.956 vom 9.9. 1903

4) wörtliche Übersetzung für "retro-cessão"

5) Pontes de Miranda, vol. 5, S. 412

Schadensersatz auflösen.¹⁾ Gelegentlich wird auch die Konstruktion über eine "verfassungsrechtlich gebotene"

210. Bedingung gewählt: Die eindeutige Eigentumsgarantie mache das Vorliegen einer öffentlichen Notwendigkeit zur *conditio sine qua* nun der Enteignung. Das bedeute, daß dieses Allgemeinwohl Bedingung für die Wirksamkeit der Enteignung sei. Ebenso hänge vom Fortbestehen dieser Bedingung auch die Aufrechterhaltung der Enteignung ab. Falle jene weg, so werde diese unwirksam. Nach dieser Meinung ist also das Gemeinwohl konstitutives Element oder Bedingung des Wirksamwerdens der Enteignung. Fällt das Allgemeinwohl als Motiv nachträglich fort, so wirkt dies wie eine auflösende Bedingung.²⁾ Diese Lehre stützt sich auf die Artikel 647 und 648 CC über das "auflösend bedingte Eigentum" (*propriedade resolúvel*).

Art. 647 CC lautet:

"Ist das Eigentumsrecht durch die Erfüllung der Bedingung oder den Eintritt des Ereignisses (der Frist) aufgelöst, so gelten auch die dinglichen Rechte, die während seiner Geltung bestellt wurden, als aufgelöst und der Eigentümer, zu dessen Gunsten die Auflösung wirkt, kann die Sache aus der tatsächlichen Gewalt dessen, der sie in Händen hält, herausverlangen."

Art. 648 CC:

"Wenn jedoch das Eigentumsrecht aus einem anderweitig auftretenden Grund erlischt, so wird der Besitzer, der es auf Grund eines der Auflösung vorhergehenden Titels erworben hat, als vollendeter Eigentümer angesehen. Dem von der Auflösung begünstigten steht gegen den, dessen Eigentumsrecht erloschen ist, ein Anspruch auf dieselbegleiche Sache oder auf ihren Wert zu."

Als aufgelöst im Sinne der Art. 647-648 wird die Enteignung angesehen, wenn das öffentliche Interesse entfällt, wegfällt. Nach dieser Auffassung wird der Enteignete wie der Eigentümer, wenn das Gut nicht dem Enteignungszweck

1) Gama Cerqueira, a.a.O.; vgl. auch Oliveira e Cruz,

2) Solidonio Leite, S. 68

zugeführt wird oder dieser nachträglich (z.B. bei Planänderung) geändert wird bzw. entfällt.¹⁾ Damit wird nicht eigentlich die retrocessao als dingliches Recht angesehen, sondern dem Alteigentümer ein Herausgabeanspruch aus seinem Eigentumsrecht eingeräumt. Dieser dingliche Herausgabeanspruch ist denn auch wohl gemeint, wenn andere Autoren betonen, der Eigentümer habe einen Anspruch darauf, die Sache zurückzubekommen (reaver).²⁾ Weniger klar erscheint der Hinweis, die retrocessao sei nicht ein vertraglich begründetes, sondern ein gesetzliches dingliches Recht und ein Institut öffentlichen Rechts (de ordem pública).³⁾

Schließlich läßt die Anlehnung an Verfassungs- und Verwaltungsrecht darauf schließen, daß ein dingliches Recht eigener Art vermutet wird. Der Hinweis auf ein Recht "de ordem pública" und darauf, daß es sich um eine "verwaltungsrechtliche Situation"⁴⁾ und ein Institut des öffentlichen Rechts handelt⁵⁾, legt den Versuch nahe, ein neues dingliches Recht außerhalb der Institute des Código Civil zu suchen, wie dies im deutschen Recht beispielsweise bei der Anwartschaft geschieht.

211. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob die Lehre von der retrocessao als einem dinglichen Recht oder einem Herausgabeanspruch aus Eigentum sich durchzusetzen vermag. Die Bedenken sind sowohl rechtstechnischer als auch rechtspolitischer Art. Bislang ist es nicht gelungen, eine ausreichende

1) Moraes de Siqueira, S. 85, spricht ausdrücklich vom "status que ante" und zitiert Art. 647 CC. Für ihn ist die Nichterfüllung des Ziels "auflösende Bedingung", S. 82.

2) E. Sodré, S. 285 (3a. ed.), S. 214; vgl. auch E. Chamoun, (kritisch), S. 35; ebenso TJ de Sao Paulo in RdT 229 (1954), S. 123

3) Oliveira e Cruz, S. 121

4) E. Sodré, a.a.O.

5) Moraes de Siqueira, S. 134

systematische Einordnung für ein dingliches Recht zu finden. Ebensowenig vermag der Hinweis auf das Gewicht der Verfassungsgarantie zur Suche nach einem echten dinglichen Recht zu zwingen.

Der Wertung der retrocessao als ein dingliches Recht steht vor allem die Regelung in Art. 1.150 CC entgegen, der den Staat ausdrücklich zu einem Angebot auf Rückübereignung zwingt. Die systematische Stellung im Vertragsrecht mag mehr als unglücklich sein. Ihr entspricht aber die Notwendigkeit, daß der Alt-Eigentümer das Angebot in einer angemessenen Frist (3 Tage bei beweglichen, 30 Tage bei unbeweglichen Sachen) annehmen muß, Art. 1.153 CC. Diese Lösung erscheint glatt und bietet keine systematischen Schwierigkeiten im Zivilrecht.

Dagegen würde die Wertung des Allgemeinwohls als Wirksamkeitsvoraussetzung im Sinne einer zivilrechtlichen Bedingung schier unlösbare Schwierigkeiten schaffen. Die gerichtliche Überprüfung des Vorliegens dieser "Bedingung" entgegen dem Wortlaut der Art. 9 und 20 BrEG wäre hierbei noch das geringere Übel. Ein Urteil würde Klarheit schaffen. In allen Fällen aber, in denen eine Überprüfung der "declaração" nicht erfolgte, bliebe letztlich ungeklärt, ob die Enteignung nun wirksam wäre oder nicht, da das Vorliegen der Bedingung keineswegs immer offensichtlich ist. Ebenso erscheint es wenig sinnvoll, bei einem Wegfall des Allgemeininteresses oder einem Verzicht des Staates auf die Verwendung im zunächst geplanten Sinne dem Alt-Eigentümer das Eigentum wegen einer auflösenden Bedingung wieder aufzuzwingen.

Zudem läßt der Text der Verfassung nicht den zwingenden Schluß zu, daß das Vorliegen der utilidade pública Wirksamkeitsvoraussetzung der Enteignung sei. Eindeutig ist nur, daß sie das Motiv der Enteignung sein muß. Es kann also nicht argumentiert werden, die Verfassung habe den Kreis der dinglichen Rechte, der auch im brasilianischen

Zivilgesetzbuch abschließend geregelt ist, erweitern wollen.¹⁾ Es fehlt aber auch an einem rechtspolitischen Motiv, die retrocessao zu einem dinglichen Recht gleichsam aufzuwerten.

In der Tat erscheint es nicht unbedenklich, ob die Verfassungsgarantie des Eigentumsrechts respektiert bleibt, wenn das Eigentum faktisch nur wie eine Ware behandelt wird, deren Verlust zu entschädigen ist. Geht es allein um die Wahrung eines Vermögensstandes, so mag letztlich die Rechtmäßigkeit der Enteignung und auch die Motivierung des Eingriffs in diese Vermögenssphäre gleichgültig sein, wenn nur Ersatz geleistet wird. Sieht man aber unter dem Begriff des Eigentums mehr geschützt als nur eine Vermögensmasse, so kann es nicht unbeachtlich sein, ob der Staat vom enteigneten Gut den Gebrauch macht, der der Motivierung der Enteignung entspricht.

Letztlich geht es somit um eine rechtspolitische Grundentscheidung, nämlich die Frage, ob mit der Verfassungsgarantie des Eigentums nur der Wert des gesamten Vermögens des Bürgers garantiert wird, ihm aber die Sache, das Recht oder der einzelne Vermögensbestandteil praktisch beliebig vom Staate entzogen werden kann, oder ob das Eigentum als ein wesentlicher Faktor der in der Verfassung als höchstes Gut garantierten freien Entfaltung der Persönlichkeit, also in all seinen mit Geld nicht wägbaren Ausstrahlungen unter den Schutz der staatlichen Grundgesetze gestellt werden soll.

Die Entscheidung fällt angesichts des klaren Wortlauts der Verfassung im brasilianischen Recht ebensowenig schwer wie im deutschen. Die Verfassung sieht in Art. 150 Absatz 1 das Eigentum wie Leben, Freiheit und individuelle Sicherheit als unverletzlich an. Unter § 22 des gleichen Artikels läßt sie Ausnahmen hiervon nur unter den dort wiedergegebenen Voraussetzungen der Notwendigkeit zum Wohl der Allge-

1) E. Chamoun, S. 35 und S. 39

meinheit zu. Damit geht sie unverkennbar davon aus, daß der Bürger ein unter den Schutz der Verfassung gestelltes Interesse an seinem Eigentum im weiteren Sinne hat, das über den bloßen Wert des einzelnen Vermögensteils hinausgeht. Die geforderte sorgfältige Motivierung der Enteignung wäre überflüssig, wollte man das Eigentum lediglich als einen mit Bargeld ersetzbaren Vermögensteil schützen. In diesem Fall würde es genügen, den Staat allgemein zu jedwedem Eingriff in das Eigentum unter der alleinigen Voraussetzung eines angemessenen Wertersatzes zu ermächtigen.

Erkennt man aber an, daß in der Verfassung mehr garantiert wird als ein gleichbleibender Vermögensstand oder ein bloßer Schadensersatz, so führt dies notwendig zu der Frage, ob nicht der Staat zur Rückgabe des Entzogenen und zur Rückübereignung verpflichtet ist, wenn sich herausstellt, daß die herangezogenen Motive der Enteignung entweder nie vorlagen oder nachtraglich entfallen sind. Denn dann hat der Staat wie ein beliebiger privater Eigentümer einen bloßen Vermögenszuwachs, also fiskalisches Eigentum.

213. Entfällt das zum Wohl der Allgemeinheit anerkannte Interesse des Staates an dem Eigentum, so tritt das verfassungsrechtlich geschützte persönliche Interesse des Bürgers wieder in den Vordergrund.¹⁾ In diesem Fall ist nicht einzusehen, daß dem Recht des Alteigentümers allein wegen der Einverleibung des Gutes in das Staatsvermögen (Fazenda Pública) mit einem schlichten Schadensersatzanspruch Genüge getan sein soll.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Art. 35 BrEG wurden schon erwähnt. Diese Vorschrift aus diktatorischer Zeit kann wohl angesichts der Verfassung nicht mehr unesehen Anwendung finden. Daß der Art. 35 bei der Neufassung des Enteignungsgesetzes im Jahre 1956 aufrecht

1) Vicente Ráo, S. 389/390

erhalten wurde, macht ihn nicht weniger bedenklich. Würde man ihn uneingeschränkt anwenden, müßte, wie es bisweilen geschah, gefragt werden, ob nicht der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift das in Art. 1.150 CC gewährte "Rückkaufrecht" letztlich illusorisch machen wollte, ob also der "direito de retrocessao" aus dem brasilianischen Recht gestrichen sei.¹⁾

In der neueren Literatur aber wird diese Vorschrift als verfassungswidrig angesehen.²⁾ Auch die Rechtsprechung, auf die noch einzugehen sein wird, erklärt zwar Art. 35 BrEG nicht für verfassungswidrig, sieht aber darin keinen Widerspruch zu einem Wiederkaufsrecht im Sinne des Art. 1.150 CC.

Kommt Art. 35 BrEG nicht zur Anwendung, so bedeutet das, daß der dort zum Regelfall gemachte Schadensersatzanspruch (statt der Rückübereignung) nur noch dann den Anspruch auf Rückübertragung ersetzt, wenn dieser nicht mehr erfüllbar ist, sei es, weil der Staat die Sache weiterveräußerte, ohne den Alt-Eigentümer hiervon zu informieren, Art.1.156 CC, sei es, daß Union, Bundesstaat oder Munizip anderweitig die Rückübertragung unmöglich machten, Art. 1.056 (Nichterfüllung der Verpflichtung, hier der aus Art.1.150 CC) oder analog Art. 1.156 CC.³⁾ Mit Ausnahme dieser Fälle aber gilt das Institut der "Rückenteignung" nach Meinung der modernen Literatur fort, auch wenn das Enteignungsrecht es nicht ausdrücklich erwähnt. Lagen bei der Enteignung die gesetzlichen Motive der Enteignung nicht vor oder sind sie nachher entfallen (Planänderung), so gebietet die

214. Verfassung selbst die Rückübertragung des Eigentums auf

1) So bisweilen die Literatur nach 1941; vgl.

2) Pontes de Miranda, a.a.O.; vgl. oben Rz. 160
Moraes de Siqueira, S. 76

3) Moraes de Siqueira will außer Art. 1.150 CC keine andere Vorschrift der Regeln über preempcao und preferência anwenden, muß also zur Anwendung von Art. 1.056 CC kommen, vgl. S. 77.

den Enteigneten Zug um Zug gegen Herausgabe der Enteignungsentschädigung und unter der alleinigen Voraussetzung, daß der Alt-Eigentümer das Gut noch heraushaben will. Für den Verbleib des Eigentums im staatlichen Vermögen fehlt nach dieser Meinung die gesetzliche Basis im Sinne der Verfassungsnorm.

Hier ist somit die Ausgangsfrage noch einmal zu stellen, ob der Schutz des Código Civil ausreicht oder ob vielmehr die Verfassung gleichsam ein dingliches Recht und damit eine stärkere Stellung des Alt-Eigentümers fordert:

Die Verfassung erlaubt, wie dargelegt, (grundsätzlich) den Schluß, daß ein Recht des Eigentümers auf Rückgabe seines Gutes auflebt, wenn das Enteignungsmotiv entfällt und der Staat das enteignete Vermögen nicht für den vorgesehenen öffentlichen Zweck einsetzt. Das zwingt aber nicht dazu, ihn schon kraft gesetzlicher Automatik (etwa durch die Konstruktion der auflösenden Bedingung) unmittelbar zum Eigentümer zu machen. Wenn auch Art. 35 BrEG verfassungswidrig erscheint, so ist doch die Regelung der Art. 1.150 CC ff nicht unbillig. Auf die wenig sinnvolle Folge dieser Argumentation, daß dem Alt-Eigentümer das Gut gleichsam wieder aufgezwungen würde, obwohl er möglicherweise die Entschädigung nicht mehr herausgeben kann, da er anderweitig disponiert hat, wurde schon hingewiesen.

Im übrigen ist aber auch der Alt-Eigentümer durch den Schadensersatzanspruch des Art. 1.156 CC ausreichend geschützt. Verletzt der Staat seine Pflicht, dem Enteigneten das Gut anzubieten und macht er die Rückübertragung unmöglich, so hat der Geschädigte Anspruch auf Ersatz des Wertes, den er bei einer ordnungsgemäßen Rücküberweisung erlangt hätte. Zu ersetzen ist also der neue Wert des Gutes, der erheblich über der Entschädigungssumme liegen kann, vor allem bei dem heutigen Steigen der Bodenpreise. Von diesem Wert ist die zurückzuerstattende Entschädigungssumme abzuziehen.¹⁾ Angesichts der Inflation wird freilich

1) E. Chamoun, S. 98 m.w.N.

auch auf sie die staatlicherseits jährlich neu festgesetzte Geldwertkorrektur angewandt.¹⁾ Ein zwingendes Motiv, über diese Entschädigung hinauszugehen und beispielsweise dem Alt-Eigentümer durch ein dingliches Recht auch gegenüber Dritten, die vom Staat das enteignete Gut erwarben, noch einen Herausgabeanspruch zu geben, kann der Eigentumsgarantie nicht entnommen werden.

- Nach richtiger Auffassung ist daher heute Inhalt der retrocessao eine schuldrechtliche Verpflichtung des Staates zur
215. Rückübereignung einer bestimmten Sache. Grundlage der retrocessao ist das öffentliche Recht und insbesondere die Verfassungsgarantie des Eigentums. Maßgeblich für die Ausübung sind aber die Art. 1.150 CC ff²⁾. Verletzt der Staat seine Rechtspflicht, ist er zum Schadensersatz nach Maßgabe der Art. 1.156 CC verpflichtet.³⁾ Im übrigen hat der Alt-Eigentümer gemäß Art. 1.151 CC die Möglichkeit, den Staat zur Abgabe eines Angebotes auf Rückübereignung aufzufordern, sobald er Kenntnis von einer beabsichtigten Weiterveräußerung hat. Gemäß Art. 75 CC kann er den Staat auch auf Abgabe eines solchen Angebotes verklagen.⁴⁾

An dieser Stelle zeigt sich erneut, wie unglücklich es war, die Materie der Rückenteignung nicht im Enteignungsgesetz zu regeln, sondern allein dem Zivilgesetzbuch zu überlassen. Denn es ist nicht einzusehen, warum der Enteignete nicht auch dann die Rückübertragung erstreiten können soll, wenn der Staat das Gut nicht einem Dritten angeboten hat, aber feststeht, daß er es nicht mehr dem Enteignungszweck zuführen will. Das Einschieben des Art. 1.150 CC in die Vorschriften über den Verkauf und das Vorzugsrecht hat diese Frage nicht lösen können. Angesichts der oben gegebenen Auslegung der Verfassung hilft hier nur eine ergänzende

1) Pontes de Miranda, S. 415: "Há a correção monetária"

2) Pontes de Miranda, S. 410 ff; E. Chamoun, S. 31 ff, 45

3) a.A. Moraes de Siqueiro, S. 76 f u. 134; E. Chamoun,

4) Pontes de Miranda, S. 412 S. 45/46

Auslegung des Art. 1.151 CC dahingehend, daß dem Enteigneten dieses Rückerwerbsrecht schon dann zusteht, wenn feststeht, daß der Staat das Eigentum nicht mehr mit dem von ihm angegebenen Ziel verwenden will.¹⁾

216. Die herrschende brasilianische Lehre geht damit über das hinaus, was in der deutschen Rechtsprechung bis heute anerkannt wird.

Das Bundesverwaltungsgericht hat einen generellen Anspruch des Eigentümers auf "Rückenteignung" unmittelbar aus Art. 14 GG abgelehnt, auch wenn der Zweck der Enteignung weggefallen ist. Das Bundesverwaltungsgericht erwägt insoweit eine Analogie zum Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, stellt sich aber auf den Standpunkt, ein Anspruch auf Rückenteignung sei nicht im Grundgesetz enthalten, sondern aus Art. 14 Absatz 1 Satz 1 GG und dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit könne allenfalls "eine in der Eigentumsgewährleistung beschlossene Intention" abgeleitet werden, "der gerecht zu werden dem Gesetzgeber aufgegeben ist."²⁾

Das Bundesverwaltungsgericht glaubte, mit der Anerkennung eines allgemeinen Rückenteignungsanspruches den zulässigen Rahmen einer Interpretation der Verfassung zu überschreiten und einen Akt der Rechtsschöpfung zu setzen, zu dem es sich nicht berechtigt sah.³⁾ Es ist hier nicht zu erörtern, ob das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Gratwanderung zwischen zulässiger Interpretation der Verfassung

1) Vgl. Moraes de Siqueira, S. 85 u. 133

2) BVerwG v. 8.11.1967 (IV C 101/65) in NJW 68, 810, 811

3) Bemerkenswert ist aber folgende Aussage in diesem Urteil: "Der ... Senat hat keinen Zweifel daran, daß bei einem rechten Verständnis der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG in ihr das Institut der Rückenteignung angelegt ist. Insofern und in diesem Sinne begegnen gesetzliche Regelungen, die einen Anspruch auf Rückenteignung nicht vorsehen oder ihn gar ausschließen, gewichtigen Bedenken...."

und sogenannter Rechtsschöpfung eine derartige Zurückhaltung üben mußte. Wenn, wie das Gericht betont, dies geschehen ist, weil mit der Anerkennung des Rückenteignungsanspruches die Schaffung eines technischen Instrumentariums über Wann und Wie der Rückabwicklung hätte einhergehen müssen¹⁾, erscheint angesichts der vom Gericht selbst erörterten Bedenken sein Zögern fragwürdig, da Analogien zu gesetzlichen Regeln durchaus möglich gewesen wären und somit in Wirklichkeit eine Rechtsschöpfung nicht erforderlich war²⁾. Wenn das Gericht sich an der Anwendung einer Rückenteignung gehindert sieht, weil diese selbst "eine echte Enteignung" sei, die nur aufgrund eines Gesetzes oder durch Gesetz zulässig sei, so klingt auch das wenig überzeugend. Die Rückenteignung ist gerade nicht echte Enteignung, weil es am Zweckerfordernis des öffentlichen Wohls fehlt und eben dieser Mangel (oder der nachträgliche Zweckfortfall) das Rückgängigmachen der Enteignung als verfassungsrechtlich geboten erscheinen lassen.

Bemerkenswert für den Vergleich mit dem brasilianischen Recht bleibt aber die Feststellung des Gerichts, daß das Institut der Rückenteignung - wenn auch nicht vollziehbar, so doch - als Befehl an den Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 GG angelegt und enthalten ist.

217. Aber auch in der brasilianischen Rechtsprechung hat sich die moderne Haltung der Verfassungsliteratur noch nicht durchsetzen können. So hat, soweit ersichtlich, noch kein Gericht den Art. 35 BrEG für verfassungswidrig erklärt.

1) So BVerwG, S. 811

2) Vgl. die Rückenteignung in § 102 BBauG (den das BVerwG nicht anwandte, weil es ohne nähere Begründung den § 179 BBauG als ausschließliche Regelung ansah) und § 51 BaulandbeschG, § 43 BLG, § 57 LandbeschG, § 9 LStrG Rh-Pf und die zahlreichen weiteren Regelungen von Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten und der zivilrechtlichen Ansprüche auf Rückübertragung, wie sie das BVerwG a.a.O. aufzählt.

Doch deutet manches darauf hin, daß die Gerichte und nicht zuletzt das Oberste Bundesgericht mehr und mehr zu einer Einschränkung der Anwendung des Art. 35 neigen. Schon 1957 hat der STF entschieden, daß die Unzulässigkeit der Herausgabefroderung gegen die Fazenda Pública jedenfalls nicht bedeutet, daß der Bürger nicht gerichtlich die Rückabtretung des zuviel enteigneten Gutes einklagen könne, das für das Enteignungsziel nicht benötigt worden ist.¹⁾ Das Oberste Bundesgericht bezeichnete die Zweckentfremdung der enteigneten Sache als Rechtsmißbrauch (abuso de poder), stellte sich dann aber auf den Standpunkt, der Anspruch aus Art. 1.150 CC sei lediglich obligatorischer Art. Auf dieser Basis kommt das Gericht zu dem Schluß, daß Art. 35 BrEG, indem er die(dingliche) Herausgabeforderung verbiete, dem Art. 1.150 CC nicht entgegenstehe, sondern ihn im Gegenteil bekräftige. Dementsprechend hält er Art. 35 BrEG offenbar für verfassungsmäßig und erkennt dem Ex-Eigentümer nur einen Schadensersatzanspruch zu, wenn der Staat der Pflicht aus Art. 1.150 nicht nachkam und das Grundstück anderweitig veräußerte. Die Frage, ob Art. 35 auch einen Anspruch auf Rückübertragung verbietet, stand nicht zur Debatte.

Auf derselben Linie liegt ein Urteil des STF vom 10. Oktober 1963, nach dem eine einmal im öffentlichen Interesse erfolgte Enteignung weder für eine retrocessão noch für eine Entschädigung Raum läßt.²⁾ In diesem Fall hatte der Staat die Motive der Enteignung fallengelassen und die Grundstücke an einen privaten Dritten weiterverkauft (an die Fundação Getúlio Vargas). Die Klage lautete auf Rücküberweisung, ersatzweise auf Schadensersatz.

1) STF v. 8.11.1957 in RF 186 (1959), S. 139-141. Die beklagte Stadt hatte zum Zweck der Errichtung eines Spielplatzes und eines städtischen Stadions enteignete Flächen an zwei private Gesellschaften weitergegeben, statt sie zuvor den Enteigneten anzubieten.

2) STF vom 10.10.1963 in RF 206 (1964), S. 89 ff

ersatz. Das Berufungsurteil des Tribunal de Recusos hatte die Auffassung bestätigt, daß Art. 35 BrEG den Art. 1.150 CC nicht aufgehoben hat und das Institut der retrocesso fortbesteht. Dementsprechend hatte es der Klage stattgegeben und auf Schadensersatz in Höhe der Differenz des Wertes zum Zeitpunkt der Klageerhebung und der Entschädigungssumme erkannt.¹⁾ Demgegenüber stellte sich der Oberste Gerichtshof wie schon das erstinstanzliche Urteil auf den Standpunkt, die Fundação Getúlio Vargas sei zwar eine juristische Person des Privatrechts, diene aber ganz allgemein als Instrument des Staates öffentlichen Zwecken. Wenn der Staat das Gelände an sie weitergegeben habe, liege darin keine Zweckentfremdung, obwohl die Flächen ursprünglich für Straßen und Grünanlagen enteignet worden waren.²⁾ Im übrigen stützte sich das Urteil auf die Auffassung, daß der Eigentümer nichts mehr begehren könne, da er für seinen Vermögensschaden bereits vollen Ersatz erlangt und mit diesem Geld bereits habe ein gleichwertiges Grundstück erwerben können.³⁾ Damit wird die oben bereits kritisierte Lehre von der Eigentumsgarantie als einem bloßen Vermögensschutz wiederholt, die hinter dem Kern des Eigentumsrechts in der Verfassung zurückbleibt.⁴⁾ Die Urteilsbegründung berief sich zudem auf die Unbilligkeit, dem Alt-Eigentümer nach 20 Jahren sein Grundstück zum Preis von 1940 zurückzugewähren. Dies Argument zumindest ist nicht stichhaltig, nachdem anerkannt ist, daß eine Geldwertkorrektur die Verzerrungen durch die Inflation ausgleichen kann und muß.⁵⁾

Differenzierter als die Entscheidung des Obersten Bundesgerichts erscheint dagegen ein Urteil des Tribunal de

1) Relatório (Min. Cândido Mota Filho) RF 206, S. 90

2) a.a.O., S. 91, Voto Mota Filho

3) a.a.O., S. 91/92, Voto Gonçalves de Oliveira

4) Vgl. oben Rz.

5) Pontes de Miranda, S. 415

Justiça von Guanabara. In ihr wird dem Enteigneten bei einer Änderung des Zwecks der Enteignung das Recht zugestanden, alternativ auf Rückübereignung oder Schadensersatz zu klagen. Das Institut der retrocessao bestehe in Art. 1.150 CC uneingeschränkt fort. Mit Art. 35 BrEG habe der Gesetzgeber nur die dingliche Herausgabeklage (acao real vindicativa de domínio) ausschließen wollen.¹⁾ Führe (nun) der Staat das Eigentum einem neuen Zweck zu, wähle er damit unter den alternativ von ihm eingeklagten Möglichkeiten die des Schadensersatzes.²⁾ Die Bedeutung des Urteils liegt in der Entscheidung, einen Schadensersatz am Zeitpunkt der Zweckänderung zu bemessen: Das Gericht erkannte dem Kläger Ersatz in Höhe des Wertes von 1958 (neues Dekret vom Juli 1958), abzüglich des schon 1941 ersetzten Wertes zu.³⁾ Diese Lösung erscheint angemessen, jedenfalls dann, wenn der alte Wert durch Geldwertkorrektur berichtigt wird.⁴⁾ Entfällt die alte Begründung der Enteignung, war der Staat zur Rückübereignung verpflichtet. Eine neue Motivierung kann nur von dem Zeitpunkt an berücksichtigt werden, in dem sie vom Staate manifestiert wird, sei es durch tatsächliches Handeln, sei es durch ein neues Dekret.

1) Ebenso auch TFR v. 13.11.1962 in RF 209 (1965), S. 149-150.

Das "Bundesberufungsgericht" hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem Flächen zur Erweiterung von Eisenbahnanlagen enteignet, aber seit Jahren (aus finanziellen Gründen) noch nicht zu diesem Zweck tatsächlich genutzt worden waren. Ausdrücklich heißt es: Die Herausgabeklage sei abzulehnen, denn "die retrocessao als dingliches Recht ist aus dem brasilianischen Recht ausgeschlossen."

2) TJ de Guanabara v. 9.7.1963 in RdT 352 (1965), S. 468 f. Der Staat São Paulo hatte 1941 für Zwecke der Stadtsanierung enteignet, 1958 aber durch ein neues Dekret das Gelände dem Instituto Brasileiro de Cultura Espanica zur Verfügung gestellt.

3) a.a.O., S. 489/490

4) Vgl. Pontes de Miranda, a.a.O.

218. Die Rechtsprechung erkennt in dem Urteil des STF unter Berufung auf vorhergegangene Entscheidungen und die "auf die Rechtsprechung der Gerichte gestützte Lehre" das Recht des Staates an, nachträglich den Zweck der Enteignung zu ändern, soweit sie nur weiterhin einem öffentlichen Gemeinwohl dient. In dem Votum de Oliveiras wird diese Auffassung mit Art. 1.150 CC begründet und behauptet, mit den dort herangezogenen "destino, para que se desapropriou" sei schlechthin ein "destino público", eine allgemeine Bestimmung zu öffentlichen Zwecken gemeint.¹⁾ Diese Auslegung steht sicherlich im Widerspruch zum klaren Wortlaut des Art. 1.150 CC, der gerade nicht allgemein formuliert, sondern sich auf das in der Enteignungserklärung konkret bezeichnete Ziel bezieht. Im Ergebnis deckt sich die Auffassung jedoch mit dem Prinzip der Ökonomie, das es unsinnig erscheinen läßt, den Staat zu einem neuen Enteignungsverfahren über das gleiche Gut zu zwingen, wenn offensichtlich ist, daß er nach wie vor ein Recht (einen Grund) zur Enteignung hat. Aus diesem Grunde gewähren einige Autoren dem Staat ein Recht, dem Rückerwerbsbegehren des Enteigneten zu widersprechen, womit letztlich das Recht, die Bestimmung zu ändern, wie in der Rechtsprechung anerkannt wird.²⁾

Handelte es sich im obigen Fall um eine bei der Neuordnung von Rio de Janeiro liegengebliebene Fläche, die dann der Stiftung zugeführt wurde, so wird doch in dieser Entscheidung bestätigt, was auch in anderen Urteilen grundsätzlich unangefochten blieb, daß nämlich der Staat verpflichtet ist, ein enteignetes Gut dem Enteigneten anzubieten, wenn es nicht oder nicht mehr öffentlichen Zwecken zugeführt werden soll. Die Fortgeltung des Art. 1.150 CC trotz der nicht eindeutigen Bestimmung des Art. 35 BrEG wird al-

1) STF, a.a.O., S. 92

2) Pontes de Miranda, S. 414; ebenso TJ de Sao Paulo in RdT 349 (1964), S. 162-163 und TJ de Guanabara in RdT 352, S. 489

so auch von der Rechtsprechung bestätigt. Selbst wenn also Art. 35 BrEG als verfassungsgemäß angesehen wird, so schließt er nach dieser Rechtsprechung nur einen dinglichen Herausgabeanspruch aus, nicht aber auch den obligatorischen Anspruch auf Rückübereignung oder auf ein entsprechendes Angebot des Staates gemäß Art. 1.150 CC.

Die Angebotspflicht trifft den Staat insbesondere auch dann, wenn er nur einen Teil der enteigneten Güter oder des Grundstückes zum Wohle der Allgemeinheit einsetzt.

Der Angebotspflicht entspricht eine Klagemöglichkeit des Enteigneten, wie Art. 75 CC dies vorsieht.¹⁾

219. Der erzwungenen Enteignung steht die vertragliche Übertragung des Eigentums zur Abwendung der Enteignung gleich. Auch im letzteren Fall muß der Staat die Rückübereignung anbieten und hat der Eigentümer die Rechte aus Art. 1.156 CC.²⁾ Das brasilianische Recht macht für das Recht auf Rückübereignung wie bei der Enteignung selbst keinen Unterschied zwischen beweglichen oder unbeweglichen Sachen.³⁾

220. Der Grund dafür, daß Art. 1.150 CC nur von "imóveis" spricht und nicht auch von móveis, ist allein im Alter des Bürgerlichen Gesetzbuches zu suchen. Bei seiner Abfassung war die Enteignung beweglicher Güter noch selten und wurde von vielen gar als unzulässig angesehen. Daher befaßte sich Art. 1.150 nur mit dem Regelfall der Enteignung von Liegenschaften.⁴⁾

Dagegen scheidet ein Rückerwerbsrecht dann aus, wenn von vornherein zum Zwecke der Weiterveräußerung enteignet wur-

1) TJ de Guanabara RdT 352 (1965), S. 489

2) E. Chamoun, S. 88-89

3) Pontes de Miranda, Bd. 5, S. 412;
Clovis Beviláqua, Bd. 3, S. 149

4) E. Chamoun, S. 94 - 95

de. Im Regelfall der sogenannten klassischen Enteignung ist ein sicheres Zeichen dafür, daß der Staat sein Projekt, dem die Enteignung diene, aufgegeben hat, eben der Wunsch oder Beginn einer Weiterveräußerung. Die Verfassung läßt jedoch, wie oben dargelegt, auch Enteignungen zu, bei denen das Ziel gerade die Umverteilung und damit die Weiterveräußerung ist. Das sind insbesondere die Fälle der Enteignung mit dem Ziel der lotação, der Aufteilung und Eigentumsstreuung nach dem Estatuto da Terra. Voraussetzung ist aber, daß im Enteignungsdekret oder in dem "Plan" im Rahmen der Agrarreform und unter Bezug auf das EdT von vornherein die Weitergabe an Dritte festgelegt wurde. Nur in diesen Fällen scheidet ein Rückerwerbsrecht nach Art. 1.150 CC aus.

222. Die Frage, ob das Recht aus Art. 1.150 CC auf Rückerwerb und dementsprechend der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung dieses Rechtes aus Art. 1.156 CC vererblich sind, ist streitig. Nach Art. 1.157 CC ist das Rückerwerbsrecht weder abtretbar noch vererblich.¹⁾ Die systematische Stellung der Vorschrift erlaubt den Schluß, daß mit dem direito de preferência auch das gesetzliche Rückerwerbsrecht aus Art. 1.150 CC gemeint sein soll. So wenden einige Autoren auch hier den Art. 1.157 an, obwohl sie an anderen Stellen betonen, daß das gesetzliche Recht im Enteignungsfall nicht mit dem obligatorischen Vorkaufs- oder Rückerwerbsrecht verglichen werden dürfe.²⁾ Auch hier zeigt sich, wie unglücklich es war, bei der Neufassung des Enteignungsrechts im Jahre 1941 das Rückerwerbsrecht nicht dort zu regeln, sondern es bei der systematisch unglücklichen Regelung des Código Civil zu belassen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Recht auf Rückerwerb nicht vererblich sein sollte.³⁾

1) Art. 1.157 : O direito de preferência nao se pode ceder nem passar aos herdeiros.

2) So Pontes de Miranda, S. 414

3) Auch Pontes de Miranda gibt a.a.O. zu, daß das Gesetz anders hätte entscheiden können.

Hält man sich an den Wortlaut des Art. 1.157 CC, so erfaßt er nur den "direito de preferência", nicht auch den Schadensersatzanspruch aus Art. 1.156 CC. Es besteht daher kein Anlaß, auch diesen als nicht abtretbar und nicht vererblich anzusehen. Ein einmal durch Verletzung einer Rechtspflicht durch den Staat entstandener Anspruch auf Ersatz kann daher sowohl abgetreten als auch vererbt werden.¹⁾

Was das Rückerwerbsrecht angeht, so wurde oben bereits ausgeführt, daß es nach überwiegender Auffassung unmittelbar aus der Verfassungsgarantie des Eigentums abzuleiten ist. In der Verfassung wird aber das Eigentumsrecht nicht als höchstpersönliches Recht angesehen.²⁾ Es erscheint daher allein richtig, die Anwendung des Art. 1.157 CC gemäß dem Wortlaut eng auf den schuldrechtlichen "direito de preferência" zu beschränken. Die Vorschrift findet auf das Rückerwerbsrecht der Eigentumsgarantie keine Anwendung.³⁾

223. Eine andere Frage ist schließlich, wielange das Recht aus Art. 1.150 CC oder gegebenenfalls der Schadensersatzanspruch aus Art. 1.156 CC geltend gemacht werden können. Es ist die Frage nach den Fristen. Erwähnt wurde bereits der Art. 1.153 CC, der dem Alt-Eigentümer eine Frist zur Annahme des Angebotes des Staates setzt. Wie aber, wenn der Staat kein Angebot macht?

Es ist zugleich die Frage, wann denn die Angebotspflicht des Staates und der Schadensersatzanspruch des Enteigneten entstehen. Der Zeitpunkt ist nach dem Sinn des Gesetzes der, in dem die Behörde den Plan aufhebt oder aufgibt, zu dessen Erfüllung die Enteignung dienen sollte. Nun ist aber diese

1) Vgl. das Estatuto da Terra, das gerade der Familie das Eigentum sichert.

2) a.A. E. Chamoun, S. 67/68, der eine Begründung allerdings nicht in der Verfassung sucht, sondern sich darauf beruft, das Recht sei schlechthin interessiert, möglichst bald möglichst klare juristische Verhältnisse zu schaffen.

3) So Moraes de Siqueira, S. 135. Den Schadensersatzanspruch des 1.156 CC hat TJ de Minas Gerais als vererblich anerkannt, in Jurisprud. Mineira 31, Heft 1 (1961), S. 10

Willensänderung für den Alteigentümer nicht immer leicht zu erkennen. Einfach sind die Fälle, in denen etwa ein Ausbau- oder Sanierungsvorhaben anders als zunächst ausgewiesen durchgeführt wird. Neue Pläne und abweichende Arbeiten bekunden und beweisen die Willensänderung. Vielfach aber bleibt ein Projekt einfach liegen. Für den Bürger ist in diesen Fällen die Voraussetzung des Art. 1.150 CC nur schwer zu beweisen. Wie soll er feststellen, ob nur ein vorübergehender Geldmangel oder andere Hindernisse vorliegen, oder ob das öffentliche Unternehmen vollends aufgegeben wurde.¹⁾

224. Keine Schwierigkeiten bieten die Fälle, in denen der Staat die Rückübertragung vereitelt und an Dritte veräußert. In diesen Fällen entsteht der Ersatzanspruch im Zweifel spätestens im Zeitpunkt der Verkaufsverhandlungen, da durch sie die Aufgabe des Enteignungszieles bekundet wird. Der Anspruch aus Art. 1.156 CC unterliegt der Verjährungsfrist für Ansprüche gegen den Staat.²⁾ Aber es gibt im brasilianischen Recht keine ausdrückliche Planaufgabe, Planänderung (durch Dekret etwa), die Voraussetzung der Rechte des Eigentümers wäre.³⁾

- Eine einheitliche Auffassung, wann in diesen Fällen der Anspruch des Alteigentümers entsteht, ist nicht ersichtlich. Auch ist streitig, wen letztlich die Beweislast trifft. Während einerseits vertreten wird, der Kläger müsse beweisen, daß der Staat sein Ziel aufgegeben habe⁴⁾, scheint Pontes de Miranda die Beweislast umkehren zu wollen. Gestützt wohl auf das Verwaltungsrecht und die Eigentumsgarantie, legt er dem Staat, der in das geschützte Recht eingegriffen hat, die Pflicht auf, im Falle einer

1) Vgl. die Fälle bei E. Chamoun, S. 75-76

2) Art. 178 § 10 VI CC: 5 Jahre. E. Chamoun scheint dagegen die allgemeine Verjährungsfrist für schuldrechtliche Ansprüche anwenden zu wollen; vgl. S. 78 (Art. 177: 20 Jahre).

3) Pontes de Miranda, S. 414

4) E. Chamoun, S. 75

Klage oder auch auf die Aufforderung des Enteigneten hinzuzulegen, daß das Gut dem Enteignungsziel zugeführt wurde oder der Plan noch seiner Verwirklichung harret. Dasselbe gelte, falls die Behörde das Recht auf retrocessão teilweise anerkenne, bezüglich des Teils, den sie weiter für Zwecke des Gemeinwohls beanspruche.¹⁾ Letztlich hängt die Entscheidung in diesen Zweifelsfällen davon ab, ob der Staat gezwungen ist, sein Enteignungsziel in einer bestimmten Frist zu erfüllen. Seabra Fagundes will insoweit in Analogie zu Art. 10 BrEG dem Staat eine Frist von 5 Jahren setzen.²⁾ Die Analogie erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Wenn dem Staat fünf Jahre zwischen dem Erlass des Enteignungsdekretes und der Einreichung der Enteignungsklage zugestanden werden, kann offensichtlich schon der Streit über die Enteignung diese Frist bedeutend überschreiten. Es wäre aber wenig sinnvoll, die abgeschlossenen Enteignungen etwa für eine Straßenerweiterung hinfällig werden zu lassen, weil in einem restlichen Fall der Staat das Grundstück noch nicht erhalten hat.

Richtig erscheint daher die Auffassung, daß es dem Staat grundsätzlich frei steht, wann er das im ursprünglichen Plan gesteckte Ziel erfüllen will, sofern er nur rechtzeitig die Enteignung eingeleitet hat. Das bedeutet andererseits, daß auch die Rechte des Enteigneten nicht verfallen und die Fünfjahresfrist des Art. 178 § 10 CC nicht in Gang gesetzt wird, solange ihm nicht mitgeteilt wurde, daß der Plan aufgegeben ist. Der Staat seinerseits kann endgültige Klarheit schaffen, indem er das Eigentum zum Rückerwerb anbietet, Art. 1.153 CC.³⁾

Die Rückübertragung des Eigentums auf den Enteigneten un-

1) a.a.O., S. 413; ähnlich aber auch E. Chamoun, S. 84

2) Desapropriação, S. 397

3) So E. Chamoun, S. 83. Vgl. auch die oben zitierte Entscheidung des TFR in RF 209 (1965), S. 149 ff

226. terliegt nicht der Grunderwerbsteuer (sisa). Auch inso-
weit verleitet die Gleichstellung der retrocessao mit den
Verkaufs- oder Vorzugsrechten des Schuldrechts gelegent-
lich zu Irrtümern. Übt jemand eine preempção convencional,
ein vertraglich vereinbartes Vorkaufsrecht aus, so unter-
liegt der Vorgang der "sisa". Es ist jedoch kein Grund er-
sichtlich, weshalb dies auch dann gelten soll, wenn ein
Enteigneter in Ausübung des ihm in der Verfassung garan-
tierten Rechts gemäß Art. 1.150 CC das Grundstück zurück-
erhält.¹⁾ Auch die Rechtsprechung hat mit einer Ausnahme
anerkannt, daß im Falle der retrocessao keine Grunder-
werbsteuer zu entrichten ist.²⁾

Auf die retrocessao kann der Enteignete verzichten wie
auf jeden schuldrechtlichen Anspruch. Der Verzicht muß
freilich eindeutig sein. Er kann sowohl vor dem Entstehen
der Angebotspflicht des Staates nach Art. 1.150 CC ausge-
sprochen werden, etwa anläßlich einer gütlichen Einigung
über die Veräußerung zur Abwendung der Enteignung "ver-
tragliche Enteignung") oder auch, sobald der Staat die
Rückübertragung anbietet.³⁾

1) Moraes de Siqueira, S. 83 ff m.w.N., der zu diesem Er-
gebnis freilich schon wegen seiner Lehre von der auf-
lösenden Bedingung im Enteignungsrecht kommt.

2) STF v. 3.12.1959 in RDA 70, S. 216; vom 30.8.1960 in
RDA 73, S. 160; vom 2.12.1960 in RDA 72, S. 193; vgl.
auch die bei M. de Siqueira zitierte Rechtsprechung
S. 86, Anm. 95; a.A. STF v. 17.7.1962 in RDA 73, S. 159

3) E. Chamoun, S. 93 m.w.N.

Abschnitt IV

BESONDERHEITEN FÜR AUSLÄNDER

§ 1 VERFASSUNGSRECHT UND INTERNATIONALES RECHT

a) Das brasilianische Verfassungsrecht

227. Der Artikel über die Individualgarantien beginnt seit 1946 mit einer umfassenden Formel, die den Brasilianern die in Brasilien wohnenden Ausländer gleichstellt:

"Die Verfassung sichert die Brasilianer und die im Lande wohnenden Ausländer in der Unverletzlichkeit ihrer Rechte betreffend das Leben, die Freiheit, die Sicherheit und das Eigentum..." 1)

Demnach ist der in Brasilien wohnende Ausländer nach dem Verfassungsrecht ebenso geschützt wie ein Brasilianer selbst. Den natürlichen Personen stehen Gesellschaften und Personenvereinigungen gleich, wenn sie ihren Sitz in Brasilien haben oder dort zugelassen sind.²⁾ Ein Unterschied zwischen Ausländern und Brasilianern ist bezüglich der Eigentumsgarantie daher unzulässig.³⁾ Auch dem Gesetzgeber ist es untersagt, solche Unterschiede zu normieren. Als einer der Gründe für eine unterschiedslose Behandlung wird neben dem vorkonstitutionellen Charakter der Eigentumsgarantie vor allem auch das Interesse des Landes an ausländischen Investitionen genannt. Das Ausland habe aber nur dann Interesse an Investitionen, wenn Verfassung und Recht ausreichende Klarheit und Sicherheit böten.⁴⁾

228. Andererseits untersagt die Verfassung Ausländern den Zugang zu bestimmten Eigentumsgegenständen. So kann der

1) Vgl. Art. 141 V.1946, 150 V. 1967 und 153 V. 1969

2) Vgl. oben Rz. 25

3) C. Maximiliano, Com.à Const. de 1941, S. 99;
M. Luzzati, S. 23 ff

4) Mascarenhas da Silva, S. 41

Ausländer sich nicht an Unternehmen der Küstenschifffahrt beteiligen, keine Ölquellen ausbeuten und keine Konzessionen für den Abbau von Bodenschätzen und die Nutzung von Wasserkraftwerken erwerben.¹⁾ Auch die Beteiligung und Geschäftsführung in journalistischen Unternehmen, Zeitungen, Radio- und Fernsehgesellschaften ist Ausländern nicht zugänglich.²⁾

229. Nachdem spekulativer Landerwerb vor allem durch nordamerikanische Ölgesellschaften im Amazonasgebiet überhand genommen hatte³⁾, wurde auch der Erwerb von Grundbesitz auf Brasilianer und Ausländer mit Wohnsitz in Brasilien beschränkt. Eine Gesetzesnovelle vom 11. Januar 1969 traf diese Einschränkung. Sie gilt nicht für den Erwerb durch Erbschaft, Art. 1 § 1. Als Ausländer im Sinne dieses Gesetzes hat seinen Wohnsitz in Brasilien, wer sich endgültig in Brasilien niedergelassen hat, Art. 2. Die Vorschrift gilt gleichermaßen für juristische Personen. Das Gesetz betont als Zweck dieser Maßnahme und eines Ausführungsgesetzes⁴⁾, die nationale Einheit des Landes zu wahren und die Sicherheit des Staates wie die gerechte Verteilung des Grundbesitzes zu gewährleisten, Art. 3.⁵⁾ Das Ausführungsgesetz regelte weitere Pflichten der Ausländer und ausländischen Gesellschaften. Der Erwerb von Grundbesitz bedarf der Genehmigung des Landwirtschaftsministeriums, die über die Agrarreformbehörde (IBRA) zu beantragen ist, Art. 1 § 3. Juristische Personen des Auslandes müssen in Lande zugelassen sein und der Landerwerb muß mit ihrer Tätigkeit in Zusammenhang stehen, Art. 6. Dasselbe gilt für inländische Gesellschaften, soweit Aus-

1) Art. 173, 169 und 168 V. 1969. Dagegen können sich Ausländer nach Art. 168 wohl an im Inland organisierten Gesellschaften zum Abbau von Bodenschätzen und zur Erschließung von Wasserkraftquellen beteiligen.

2) Art. 174 V. 1969

3) Vgl. FAZ vom 7.1. und 15.1.1969

4) Decreto-Lei No. 421 vom gleichen Tage

5) Ato Complementar No. 41 vom 11. Januar 1969

länder in ihr die Mehrheit des Kapitals besitzen, Art. 6 § 2. Besondere Einschränkungen gelten für nationale Sicherheitszonen, Art. 7. Die Union wird durch das Dekretgesetz No. 421 zudem ermächtigt, natürliche oder juristische ausländische Personen nach Anhörung des Nationalen Sicherheitsrates zu enteignen, wenn die nationale Sicherheit dies verlangt, Art. 11. Mit dieser Vorschrift sollten vor allem die genannten Landkäufe in bisher unerschlossenem Gebiet rückgängig gemacht werden.

230. Die Beschränkung der Beteiligung und des Erwerbs von Eigentum durch Ausländer verletzt nicht die Garantie des Eigentumsrechtes. Der in den Gesetzesdekret genannte Enteignungsgrund ist im übrigen nicht neu, da auch vorher die nationale Sicherheit zu den Motiven der Enteignung por necessidade publica zählte.¹⁾ Neu ist allenfalls die Interpretation dieses Motivs. Daß aber die Integrität der Nation und die nationale Sicherheit durch uneingeschränkten Landerwerb seitens ausländischer Käufer gefährdet werden kann, wurde auch früher schon in der brasilianischen Literatur erörtert. So wurde das Interesse, Ausländer aus Monopolstellungen zu drängen und das dem Lande nachweislich schädliche Ausländereigentum zu enteignen, als ein Fall des interesse social angesehen, des dritten Enteignungsmotivs der Verfassungen seit 1946.²⁾ Dementsprechend unterbindet das neue Gesetz von 1969 vor allem dann Eigentumserwerb und erlaubt die Enteignung, wenn in einem Staat oder einer Region bestimmte Höchstgrenzen des Ausländereigentums überschritten werden, Vielfach werden sich aus der neuen Gesetzgebung für in Brasilien wohnende Ausländer schon deshalb keine Schwierigkeiten ergeben, weil ihre in Brasilien geborenen Kinder nach dortigem Recht die brasilianische

1) Art. 5 a) BrEG und 59o CC

2) J. de Lima, S. 144; vgl. oben Rz. 138

Staatsbürgerschaft besitzen.

Keine Probleme bieten im Sinne der Eigentumsgarantie vom Staat dem Unternehmen bei Kapitalerhöhungen nahegelegte stärkere Beteiligungen in ländischen Kapitals. So ist vor wenigen Jahren "im nationalen Interesse" ein größerer Hüttenkonzern, die "Usiminas", nationalisiert worden, indem sich bei Kapitalerhöhungen der Staat engagierte.¹⁾

b) Das für Brasilien geltende internationale Recht

231. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn auch das Völkerrecht hier erörtert werden sollte. Teilweise ist es oben im Zusammenhang mit dem Grundsatz der vollen Entschädigung angeklungen.²⁾ Von Interesse ist aber eine kurze Erwähnung einiger internationaler Verträge, die bestätigen, daß Brasilien auch dem Ausländer den Schutz seines Eigentums garantiert. Zu diesen Verträgen gehören neben dem noch zu erörternden Schutzabkommen mit den USA vor allem zwei Texte.

Brasilien hat auch die Menschenrechtsdeklaration vom 10. Dezember 1948 ratifiziert und damit jenes Minimum an Eigentumsgarantie im internationalen Recht anerkannt, das der Art. 17 dieser Konvention den natürlichen Personen und den Personengemeinschaften zuspricht.³⁾ Freilich enthält der Art. 17 Abs. 2 nur eine recht unklare Sicherheitsformel, wenn es dort heißt, daß niemandem sein Eigentum willkürlich entzogen werden darf. Entschädigungsregelungen wurden in der Konvention vermieden.

232. Für alle Staaten Lateinamerikas sind aber eine Reihe von interamerikanischen Konferenzen und Verträgen heute von

1) Vgl. Hax in FAZ v. 28. 10. 1968, S. 14

2) Rz. 128 - 130

3) Vgl. Brandenburg S. 9 ff und Seidl-Hohenveldern, "Investitionen in Entwicklungsländern und das Völkerrecht"

besonderer Bedeutung. So hat die Konferenz von Mexiko schon Anfang des Jahrhunderts das Prinzip der Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern bezüglich der Menschenrechte und Individualgarantien bestätigt.¹⁾

Brasilien hat sich im übrigen 1948 dem Vertrag der 9. Interkontinentalen Amerikanischen Konferenz von Bogotá angeschlossen. Im Artikel 45 des Wirtschaftsabkommens von Bogotá vereinbarten die Vertragsstaaten, keinerlei diskriminierende Schritte gegenüber Investitionen zu unternehmen, aus denen der Entzug des rechtmäßig erworbenen Eigentums resultieren würde. Dies gilt für Kapitalinvestitionen wie Firmenniederlassungen. Enteignungen sind auch Ausländern gegenüber nur nach Maßgabe der Verfassungen und der für Inländer geltenden Gesetze zulässig.²⁾

Dieses Vertragswerk ist mit seiner Ratifizierung Bestandteil des brasilianischen Enteignungsrechts geworden³⁾. Es gilt zwar nur für die durch die Unterzeichnerstaaten vertretenen Nationalitäten. Immerhin aber ist es ein weiteres Zeugnis für den erwähnten Grundsatz der Gleichbehandlung im brasilianischen Recht. Dieser Grundsatz ist auch in den Verhandlungen über ein Investitionsschutzabkommen mit der Bundesrepublik immer wieder seitens der brasilianischen Verhandlungspartner zum Ausdruck gebracht worden. Aus diesem Grunde wurde die vorliegende Abhandlung im wesentlichen auf das interne brasilianische Recht beschränkt.

Für die Überprüfung der Frage nach dem Rechtsschutz und der Eigentumsgarantie soll anschließend aber noch auf das Vertragswerk Brasiliens mit den USA von 1965 eingegangen werden. Dabei interessiert vor allem die Frage, welchen tatsächlichen und zusätzlichen Schutz ein derartiges Abkommen zu bieten vermag.

1) Vgl. Brandenburg, S. 20 ff

2) Vgl. den Text des Art. 25 im Anhang, S. XXXI

3) Mascarenhas da Silva in RDA 82 (1965), S. 18

§ b) DER INVESTITIONSSCHUTZVERTRAG BRASILIENS MIT DEN USA

233. Im Gegensatz zu den Verhandlungen der BRD mit Brasilien über ein Kapitalanlageschutzabkommen waren die Versuche der USA, mit der brasilianischen Regierung einen derartigen Vertrag abzuschließen, erfolgreich. Zehn Monate nach dem Militärputsch in Brasilien kam es am 6. Februar 1965 in Washington zur Unterzeichnung eines "Acôrdo sôbre Garantia de Investimentos" zwischen den beiden Staaten.¹⁾
234. Zur Vorgeschichte dieses bilateralen Abkommens gehört seit 1948 die Praxis der amerikanischen Regierung, Garantien für Investitionen im Ausland grundsätzlich nur dann zu gewähren, wenn die USA ihrerseits für diese Risikoübernahme durch einen Vertrag mit dem Empfängerland gesichert waren. Während dieser Grundsatz bis 1966 mit unterschiedlicher Strenge angewandt wurde, ist er seit dem 1.1.1967 gesetzliche Voraussetzung für eine Garantie durch die Regierung in Washington.²⁾ Die amerikanische Tendenz, für private Investitionen im Ausland eine umfassende Sicherung mit politischen und völkerrechtlichen Mitteln zu suchen, wird besonders deutlich im sogenannten Hickenlooper-Amendment von 1962. Dieses Gesetz macht die Gewährung öffentlicher Auslandshilfe vom Wohlverhalten des Empfängerlandes gegenüber Privatinvestitionen abhängig.³⁾

Diese enge Verknüpfung privater Auslandsinteressen mit nationaler Politik sowie die fast automatische "Zuständigkeit" der Regierung in Washington bei jeder auftretenden Schwierigkeit zwischen amerikanischen Unternehmen und ihrem jeweiligen Gastland, zeigen sehr deutlich die Probleme

1) Vgl. den brasilianischen Text im Anhang S. XXXII; s. auch ILM 1965, S. 296

2) Vgl. Brandenburg, S. 16 m.w.N.

3) Vgl. Lillich, S. 117 f und J. Brandenburg, S. 29

235.

matik derartig massiven Machteinsatzes. So ist in der Literatur und Presse bereits wiederholt gewarnt worden, daß dieses System zu polemischen Assoziationen wie "Yankee-Imperialismus", "politische Bevormundung", "Neokolonialismus" und "Kapitalismus" geradezu herausfordert.¹⁾ Wie zweifelhaft der Einsatz wirtschaftlicher Repressalien gerade in Lateinamerika erscheint, beweist der Konflikt mit Peru über die zur amerikanischen Standard Oil-Esso gehörenden kanadischen International Petroleum Company (IPC). Die Entwicklung dieses Streits erscheint für die Situation in ganz Lateinamerika in gewissem Maße symptomatisch und sei daher hier kurz wiedergegeben.

Gemäß einem Wahlversprechen (!) hatte die gewählte Regierung Perus zwei Erdölvorkommen (La Brea und Parinas) im August 1968 verstaatlicht. In den folgenden Monaten war mit der IPC ein Entschädigungsvertrag ausgehandelt worden, der von nationalistischen Kreisen heftig kritisiert wurde. Dabei erregte nicht nur die Höhe der Entschädigung die Gemüter, sondern vor allem auch die Tatsache, daß die Ratenzahlungen in Dollar-Währung festgesetzt wurden, ohne Rücksicht auf inflationäre Schwankungen des peruanischen Sol.²⁾ Als das Militär am 3.10.1968 putschte, erklärte es diese Affäre in geschickter Ausnutzung der öffentlichen Meinung zum Motiv des Umsturzes, bezeichnete den Entschädigungsvertrag als ein "schweres Verbrechen gegen den Staat"³⁾ und kündigte die Vereinbarung auf. In der Folgezeit bemühte sich Peru im Ausland um den Eindruck, daß es sich dennoch um eine Enteignung mit Entschädigung handele, stellte aber der Entschädigungssumme eine angebliche Forderung in Höhe von 690 Mill. Dollar wegen illegaler Rohölausbeute und Steuerhinterziehung zur Aufrechnung entgegen.⁴⁾ Dieser Stand-

1) Brandenburg, S. 29 m.w.N.

2) Vgl. FAZ vom 4.10.1968.

3) Vgl. FAZ vom 21.10.1968

4) Schreiben des Botschafters von Peru in Bonn an die FAZ in der Ausgabe vom 4.3.1969

punkt wurde durch ein nachträgliches Gesetz vom 31. Dezember 1968 bekräftigt.¹⁾

Wie schwierig in einer solchen Situation die Anwendung des Hickenlooper-Amendments wäre, liegt auf der Hand. Die peruanische Militärjunta betrachtet, vermutlich in Übereinstimmung mit dem weit überwiegenden Teil der Öffentlichkeit und den Parteien in Peru, ein derartiges Vorgehen als "wirtschaftliche Aggression" und Erpressung.²⁾ Sie kann in diesem Zusammenhang zudem darauf verweisen, daß der von den peruanischen Gerichten eingeleitete Enteignungsentschädigungsprozeß noch abzuwarten sei. Hinzu kommt, daß die Anwendung des Amendments aus peruanischer Sicht gegen die Charta der OAS von 1948 verstößt, nach der "jegliche Einmischung oder versuchte Drohung gegen die Personalität des Staates" verboten ist.³⁾

Daß solche Auseinandersetzungen im Einzelfall immer auch kaum zu ermessende Rückwirkungen in allen anderen latein-amerikanischen Staaten hervorrufen, macht die juristische Lösung im Sinne einer vollen Entschädigung noch ungemein schwerer. Dabei spielt die allenthalben starke, nationalistische Abneigung gegen ausländisches Kapital, insbesondere aus den USA, eine wesentliche Rolle. Auch ein Protest internationaler Organisationen gegen eine (vermeintliche) entschädigungslose Enteignung dient in derartigen Situationen allenfalls als hervorragendes Mittel, nationalistische Regungen in der Bevölkerung zur Solidarisierung zu nutzen,

1) Vgl. FAZ vom 17.3.1969

2) Äußerung des Präsidenten der Junta, vgl. FAZ v. 1.3. und 17.3.1969

3) Charta III, art. 15:

"No State or group of States has the right to intervene directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the State...",
vgl. Shea, S. 69

was dann selbst diktatorischen Militärregimes gelingt.¹⁾

Die Tatsache, daß derartige Solidarisierungen der öffentlichen Meinung keineswegs an den Grenzen des betroffenen Landes haltmachen, sondern regelmäßig den gesamten Kontinent beunruhigen, führt für das Herkunftsland der betroffenen Investition nicht nur zu einer schweren Belastung der Außenpolitik gegenüber ganz Lateinamerika durch die Interessen einer Firma²⁾ in zunächst nur einem Land, sondern auch zu einer Verschlechterung des Investitionsklimas auf dem gesamten Kontinent. Wenn gelegentlich von einem "Prinzip der kommunizierenden Röhren" in der lateinamerikanischen Politik gesprochen wird³⁾, so kommt darin fern von vergrößernder Verallgemeinerung eine nicht zu vernachlässigende Komponente auch der brasilianischen Situation zum Ausdruck. Der Streit um die Investitionen im kleinen Peru und die Auseinandersetzungen über die peruanische Agrarreform bringen auch in den stärker industrialisierten und weit unabhängigeren drei großen Staaten des Kontinents Bewegung in die nationale Politik.

So wird die politische Fragwürdigkeit des Hickenlooper-Amendments, wie überhaupt die Schwäche von "Rechtspositionen" in einer Auseinandersetzung zwischen den USA und einem lateinamerikanischen Staat deutlich.

-
- 1) So wurde ein Schreiben der "Internationalen Gesellschaft zur Förderung und zum Schutz privater ausländischer Investitionen", mit dem sie gegen das Vorgehen der peruanischen Junta im IPC-Fall protestierte, von dieser prompt veröffentlicht und diente der Mobilisierung der peruanischen Öffentlichkeit gegen die "Einmischung in innerperuanische Angelegenheiten" und die "Schmälerung der peruanischen Souveränität." Das Schreiben erreichte damit alles andere als eine Sicherung der Entschädigungsforderung der IPC, vgl. FAZ v. 12.11.68.
 - 2) Inzwischen droht auch der International Telephone and Telegraph Corp. (ITT) die Enteignung durch die peruanische Junta, vgl. FAZ v. 2.6.69.
 - 3) So W. Oehm in FAZ v. 19.8.1969 für Argentinien und Peru

7. Nicht anders verhält es sich mit den bilateralen Verträgen zum Schutz von Kapitalanlagen.¹⁾

Der Investitionsгарантиевvertrag (IGV) vom 6.2.1965 sieht eine Konsultation der beiden Staaten über neue Investitionen und auf Antrag des Unternehmers vor, Art. 1 IGV. Hierbei ist eine Überprüfung vorgesehen, ob das beabsichtigte Unternehmen zur wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des Empfängerlandes beiträgt. Der Garantievertrag gilt nur für die Investitionen, die vom Empfängerland gebilligt wurden, Art. 2 IGV. Es sichert andererseits zu, den Forderungsübergang auf den garantierenden Staat (em favor do Governo Garantidor) anzuerkennen, wenn er die Folge von Zahlungen nach Maßgabe der Garantie war. Soweit es sich um unbeweglichen Besitz handelt, an dem der Garantiegeber nach nationalem Recht des Empfängerlandes Eigentum nicht erwerben kann, verspricht das letztere die Billigung die Einsetzung eines Dritten als Rechtsnachfolger des Unternehmers, Art. 3 IGV. Eine Besserstellung des Rechtsnachfolgers gegenüber dem Unternehmer ist nicht gewollt, Art. 5 IGV.

Im Streitfall soll die Lösung in Verhandlungen gesucht werden, nach einer Frist von 6 Monaten ein Schiedsgericht entsprechend dem Allgemeinen Interamerikanischen Schiedsabkommen vom 5. Januar 1929 entscheiden, Art. 6 Abs. 1 und 4 IGV. Von diesen Verhandlungen und Schiedsverfahren sind jedoch alle Streitfragen ausgeschlossen, die ausschließlich "im Rahmen der internen Gerichtsbarkeit (Zuständigkeit) eines souveränen Staates bleiben", Art. 6 Abs. 3. Dementsprechend sind "Forderungen aus Enteignung von Gütern ausländischer privater Investoren keine Fragen des Internationalen Öffentlichen Rechts" und fallen demnach nicht unter die Vereinbarung, "es sei denn und erst dann,

1) Vgl. die scharfe Polemik bei O. Duarte Pereira, RCB 2, S. 113 bis 121

wenn das gerichtliche Verfahren des Empfängerlandes erschöpft ist und eine Rechtsverweigerung (denegação de justiça) darstellt, im Rahmen der Definition dieser Begriffe im Internationalen Öffentlichen Recht", Art. 6 Abs. 3 Satz 2.

Aus dieser Zusammenfassung wird bereits deutlich, daß es sich bei dem Vertrag im wesentlichen um verfahrenstechnische Regelungen handelt. Überall dort, wo materielle Fragen berührt werden, wird nicht geregelt, sondern auf bestehendes Recht verwiesen, so vor allem auf die "Definition der Begriffe im IÖR". Hierin könnte eine materielle Anerkennung von anzuwendenden Normen liegen. Die Brauchbarkeit derartiger Klauseln findet ihre Grenzen jedoch beim Verweis auf nationales Recht in dessen Aufhebbarkeit¹⁾, beim Verweis auf das IÖR aber darin, daß dessen Inhalt gerade in Lateinamerika nicht immer in Übereinstimmung mit der etwa in Europa herrschenden Meinung gedeutet wird. Vor allem gilt dies auch für den Begriff der Rechtsverweigerung.²⁾

Weder über den Begriff des Eigentums noch über den Umfang

-
- 1) Es wird an keiner Stelle ein status quo garantiert. Ihn als unterschwellig durch den Vertrag anerkannt zu betrachten, dürfte im Ernstfall wenig helfen.
 - 2) "Denial of Justice" oder "denegação de justiça". Brandenburg hält aus diesem Grunde im brasilianisch-amerikanischen Vertrag den subrogierten Anspruch für fast wertlos, S. 28 - 29. Gerade von brasilianischer Seite sind allerdings zahlreiche Stimmen für eine weite Fassung des Begriffs eingetreten, vgl. L. Carneiro, der angesichts des Kapitalbedarfs der Entwicklungsländer es für ungerecht hält, und es als schweren Mißgriff ansieht, wollte man dieses Kapital ohne Garantien den Zufällen der Gesetzgebung der Empfängerländer überlassen. In ICJ Rep. 93 (1952), S. 162. Vgl. auch Amado vor der International Law Commission der UN 1959 in YbILC 1959, I, S. 151 f und Accioly, damals Berater der brasilianischen Regierung, Rec. 96, 1959 I, S. 357.

238. der Eigentumsgarantie besteht im Völkerrecht Einigkeit.¹⁾ Der Grundsatz vollen Schadensersatzes im Falle einer Enteignung ist mehr und mehr umstritten.²⁾ Unter nationalis-
tischem Einfluß wird insbesondere der Grundsatz der So-
zialfunktion des Eigentums herangezogen, um im Rahmen von
Nationalisierungen zumindest dann den Anspruch auf vollen
Weltersatz zu verneinen, wenn dieser wegen der Höhe der
Forderung die Mittel des Staates überschreiten und so die
angestrebte soziale Reform vereiteln würde.³⁾

- Diese Tendenz wird für das Entwicklungsland um so stärker,
239. je größer das verstaatlichte Vermögen im Verhältnis zum
Gesamtvermögen oder auch zum Bruttosozialprodukt der Na-
tion ist.⁴⁾ Hierin dürfte einer der Gründe zu sehen sein,
weshalb beispielsweise die Verstaatlichung der Zinnminen
in Bolivien 1952⁵⁾ und die Enteignung der Bananenplantagen
der United Fruit Company durch Guatemala 1952, die die UFC
im Zusammenspiel mit der Regierung Eisenhower und nach
einem Bombenangriff durch Flugzeuge amerikanischer Her-
kunft von Honduras aus am 25. Juni 1954 rückgängig machen
konnte⁶⁾, sowie der Entzug der Ölkonzessionen der IPC durch
Peru im Jahre 1968 sich so unvergleichlich schwieriger ge-
stalteten und zunächst immer mit dem Versuch einer wirt-
schaftlich entschädigungsfreien Enteignung begannen.⁷⁾

1) Vgl. Bäumle, S. 62 f und S. 80 f; Seidl-Hohenveldern,
Völkerrecht, Rz. 1186, zu den Zweifeln bei Enteignungen
im Rahmen von Sozialreformen.

2) Garcia Amador, 4. Bericht für die ILC, UN Doc.
A/CN.4/119, S. 52 f

3) Vgl. von der Heyde, der auf Zumutbarkeit abstellt,
S. 218; Dahm, VÖR, S. 517; Friedman, Expropriation
in International Law, S. 2

4) Vgl. Brandenburg, S. 10; Bäumle, S. 80; ein Beispiel
ist auch die Verstaatlichung der Kupferminen in Sambia,
wo die Kupferproduktion 85 % des Exports und 40 %
des nationalen Bruttosozialprodukts abwirft.

5) Vgl. Keesing 1952, Nr. 3423 und 3720 D

6) Gustavo Beyhaut, Fischer Weltgeschichte Bd. 10, 1987,
Wendt, S. 113 f, 125; Ben-Hur Raposo, S. 37, schreibt
(Fortsetzung s.S. 252)

Andererseits konnte in den ABC-Staaten, den drei Großen des Kontinents, die Bereitschaft zu gütlichen Einigungen größer sein. Bisweilen wurde sogar der Weg über einen Kauf gewählt, um ausländische Betriebe zu verstaatlichen, so in Argentinien 1946 bei der Verstaatlichung von Verkehrs- und Versorgungsunternehmen¹⁾ und in Chile unter der Regierung Frey, die auf Grund des Kupfergesetzes vom 16.9.1965, eines Kernstückes des Programms der "Revolution in Freiheit", nordamerikanischen Bergbaugesellschaften 51% des Kapitals der chilenischen Tochterbetriebe abkaufte und so den Eklat einer Enteignung vermied, vielmehr im Gegenteil erreichte, daß der Kaufpreis reinvestiert wurde und mit Krediten der Weltbank die Unternehmen erheblich erweitert werden konnten.²⁾ Ähnlich regelte Brasilien die Nationalisierung von Hüttenbetrieben, indem die Regierung bei Kapitalerhöhungen Mehrheiten übernahm.³⁾

240. Der Hinweis auf das Abkommen Brasiliens mit den USA erscheint mir daher wenig geeignet zu beweisen, daß ein Kapi-

das Scheitern der Agrarreform in Guatemala dem Umstand zu, daß die Regierung Arbenz nur enteignete, das Land aber nicht wirklich an die Ländarbeiter weitergab; vgl. auch de Lima, S. 142 f

- 7) Die peruanische Regierung sprach von einem "Akt der Zurückgewinnung nationalen Eigentums", FAZ vom 12.11.1968, beteuerte aber zugleich, juristisch gesehen werde eine Entschädigung gewährt, komme aber wegen Aufrechnung mit Schulden der Gesellschaft nicht zur Auszahlung; FAZ vom 1.3.1969

1) Keesing 1948, Nr. 1452; vgl. auch Schwarzenberger in CLP 1953, S. 306

2) FAZ vom 4.10.1965 und 25.4.1968. Der Versuch, auch die Agrarreform durch Kauf von Großgrundbesitz und Neuverteilung auf Grund des Gesetzes vom 27.6.1967 abzuwickeln, dürfte aber auch die Kräfte Chiles Das Gesetz sieht daher die Entschädigung von Staatsanleihen vor.

3) Vgl. den zitierten Fall der Usiminas

talschutzvertrag auch für deutsche Investitionen möglich sein müsse. Hierbei wird übersehen, daß die bislang von der Bundesrepublik abgeschlossenen Kapitalschutzverträge im Gegensatz zu dem Vertrag der USA mit Brasilien einen Katalog materiell-rechtlicher Regelungen enthalten, der konkrete Streitfragen regelt.¹⁾ Selbst wenn man einmal davon absieht, daß die wirtschaftliche Interessenlage der BRD nicht eine gleich starke Verhandlungsbasis bietet, wie sie die USA nutzen konnte, um den Vertragsabschluß durchzusetzen, bleibt beachtlich, daß auch die Vereinigten Staaten nicht den Vertrag bekamen, den sie erstrebten, und sich daher nach Abschluß beeilten zu versichern, der Vertrag bilde gegenüber anderen Kapitalschutzabkommen eine Ausnahme.²⁾

Wenn somit vieles dafür spricht, daß die USA schließlich nur noch eine Art good-will-Zusicherung einhandeln, so erscheint fraglich, ob ein ähnlicher Vertrag für die BRD neben der Verbesserung des Investitionsklimas noch Vorteile erbringen würde. Von seiten deutscher Firmen war gelegentlich der Vorwurf zu hören, die Bundesregierung sei nicht flexibel genug vorgegangen und hätte wenigstens einen Vertrag nach Vorbild des amerikanischen erreichen können.³⁾ Zu einem Vertragsabschluß wie dem mit den USA war die brasilianische Regierung sowohl gegenüber der FAL als auch Japan bereit.⁴⁾ Aber abgesehen von der Frage, ob die Bundesregierung es anderen Staaten gegenüber vertreten kann, von ihnen mehr Schutz als von Brasilien zu verlangen⁵⁾, macht auch die Rücksichtnahme auf nationale Empfindungen in Brasilien selbst den Abschluß eines solchen Vertrages

1) S. die eingehende Schilderung bei Bäumke, S. 35 f; Brandenburg S. 95 f

2) Collins/Etra, Columbia JTL, 4(1966), S. 254 f

3) Vgl. FAZ vom 16.11.1964

4) Vgl. FAZ vom 8.2.1966

5) S. schon J. Brandenburg, S. 31

bedenklich. Wer einmal die Erregung der Bevölkerung in Brasilien gegenüber den USA und der amerikanischen Wirtschaftspolitik in Lateinamerika aus eigenem Erleben beobachten konnte, dem wird es nicht leicht fallen, zu einem bloßen good-will-Vertrag mit einer Regierung zu raten, die auf die Empfindungen der breiten Bevölkerung wenig Rücksicht nehmen zu müssen glaubt. Die Zusicherung dessen, was der Vertrag mit den USA enthält, geht über den vom nationalen brasilianischen Recht gewährten Schutz nicht so wesentlich hinaus, als daß es sich lohnte, die traditionelle Vertrauensposition, die gerade auch die Bundesrepublik genießt, der emotionalen Gleichstellung mit dem "Yankee-Imperialismus" zu opfern.¹⁾

1) Vgl. die heftige Kritik bei O. Duarte Pereira, S. 119, der auf der Linie der Calvo-Doktrin die Bevorzugung der US-Amerikaner durch den Vertrag als Verstoß gegen Art. 141 § 1 der Verfassung ansieht, heute Art. 150 § 1 Verfassung 1967 (Gleichheitssatz).

§ c)

ZWEI UNTERNEHMEN IM KONFLIKT MIT DEM STAAT

Unter den in Brasilien vertretenen ausländischen Firmen haben in den vergangenen Jahren vor allem zwei Vorfälle Unbehagen ausgelöst. Es war dies einmal die Verstaatlichung der Companhia Energia Elétrica Rio Grandense (im folgenden CEERG), zum anderen der Skandal um zwei ehemalige Geschäftsführer der Firma Mannesmann in Belo Horizonte.

1) Der Fall der Elektrizitätswerke Rio Grandense

Eine einfache Gegenüberstellung der wichtigsten Behauptungen in der Stellungnahme der Regierung einerseits und der Firma andererseits erhellt am besten den damaligen Streit. Ein Kommentar erübrigt sich. Die Parallelen zur erwähnten Enteignung der IPC in Peru sind auffällig.

Durch das Agrarministerium veröffentlichte 1959 eine sogenannte Comissao de Tombamento (eine Art Inventarisierungskommission nach der Betriebsbeschlagnahme) ihren Bericht mit Anlagen.¹⁾ Darin heißt es:

Die ins Ausland gezahlten Schuldenzinsen seien seit langem überhöht und beliefen sich inzwischen auf nahezu 200 % der von dort erhaltenen Kredite, S. 64. Der CEERG stehe daher als Entschädigung für die Verstaatlichung nichts mehr zu, sondern sie müsse im Gegenteil noch rund 192 Millionen Cruzeiros aus dem Ausland zurückführen, S. 63. Zähle man weitere unerlaubte Kapitalabzüge hinzu, so müsse die Firma 372 Millionen Cruzeiros erstatten, wenn ihr die Weiterarbeit im Land ermöglicht werden solle, S. 64. Verrechne man die Zinsen mit dem Anleihekaptial, "wie es sich gebühre, zu üblichen Zinssätzen", so seien schon seit 1952 alle ausländischen Darlehn getilgt, S. 66. Die Firma habe öfendrein die Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität vernachlässigt und seit Jahren nicht mehr investiert.

1) Relatorios e anexos. Im Text die dortigen Seitenzahlen

Dem hielt die Firma in einer Antwortschrift vom gleichen Jahr entgegen :1)

Die Regierung von Rio Grande do Sul habe seit langen Jahren die Verstaatlichung erwogen und dazu schon seit geraumer Zeit eine Energiekommission gegründet, S. 8. Seit Jahren seien der Gesellschaft alle erforderlichen Genehmigungen zur Ausweitung und Verbesserung der Anlagen versagt worden. In der Öffentlichkeit sei dadurch der Eindruck entstanden, die Gesellschaft ziehe nur noch Gewinne ab statt zum Gemeinwohl zu investieren. Entsprechend polemisch habe die Presse reagiert. Zudem mußte die Firma den Strom teurer von den staatlichen Kraftwerken abnehmen als sie ihn an Staat und Städte habe weitergeben dürfen, S. 13, 39 f. und 51 f.

Der Staat und die Stadt Porto Alegre hätten ihre Stromrechnungen nicht einmal beglichen, andererseits von der Firma immer pünktliche Zahlung vor allem der Steuern verlangt, so daß Steuern von noch nicht eingegangenen Beträgen erhoben worden seien, S. 69 f. Um liquide zu bleiben, habe die Firma Anleihen aufgenommen und sich stunden lassen, die nun als von ihr "verschuldete" Kosten nicht anerkannt würden, S. 86. Die für nord-amerikanische Gelder gezahlten Zinsen von 6,6 % seien vom Staat genehmigt worden, hätten unter dem üblichen Zinsniveau von 10 % gelegen und würden nun willkürlich nachträglich auf "allein zu rechtfertigende" 4 % zusammengestrichen und zwar rückwirkend bei der Berechnung, die die Kommission angestellt habe, S. 91. Dabei sei ein Dekret No. 41.019 von 1957 willkürlich und rechtswidrig rückwirkend bis 1927 angewandt worden. Nur durch diese Manipulationen seien die Schulden der Firma konstruiert worden.

Auf diesem Wege wurde praktisch die entschädigungslose Enteignung mit Hilfe einer Aufrechnung versucht.

1) Refutação da CEERG ao Relatório da Comissão de Tombamento

2) Der Fall Mannesmann

Der Ausgangspunkt im Fall der Companhia Siderurgica Mannesmann (CSM) war ganz anderer Art. Hier wurde nicht die Übernahme der brasilianischen Tochtergesellschaft der Firma Mannesmann AG durch einen Bundesstaat beabsichtigt. Vielmehr hatten zwei brasilianische Geschäftsführer der Firma in Belo Horizonte Schuldverschreibungen des Unternehmens auf einem grauen Kapitalmarkt ausgegeben, ohne das hierfür erhaltene Geld der CSM zuzuführen. Als sie nach einigen Auseinandersetzungen entlassen wurde, fand zumindest einer von ihnen Gelegenheit, weitere Schuldscheinformulare mitgehen zu lassen und nach Rückdatierung und mit gefälschter Unterschrift zu verkaufen. Als diese Papiere der CSM vorgelegt wurden, verweigerte sie die Begleichung und strebte eine gerichtliche Klärung der Echtheit an, um nur die während der Dauer der Vertretungsmacht der Geschäftsführer begebenen Werte einlösen zu müssen.

Da ein Teil der beliebten inflationssicheren Papiere an kleinere Sparer gegangen war, löste diese Haltung einen Sturm der sozialen Empörung in der Öffentlichkeit aus, der von interessierten Kreisen lebhaft angeheizt wurde. Eine gerichtliche Klärung wurde als unzumutbar bezeichnet¹⁾ und die sofortige Begleichung aller Papiere verlangt. Schließlich habe sich die Firma ihre Vertreter selbst ausgesucht.

In dieser Phase sahen sich auch die Regierung in Belo Horizonte und die Bundesregierung in Rio veranlaßt, einzugreifen. Von offiziellen Vertretern wurde nicht nur mit Enteignung der CSM gedroht, sondern auch von hohen angeblichen Steuerschulden gesprochen, die den Wert der Investitionen der CSM überträfen. Ein angeblicher Gesetzesentwurf zur Enteignung erschien in mehreren Tageszeitungen Brasiliens zusammen mit der Ankündigung, das Militär halte sich zur Besetzung der Werksanlagen bereit. Der Gouverneur von Minas Gerais kündigte an, die drei größten Banken von Minas würden als Mitaktionäre

1) Vgl. hierzu Rz. 24

der CSM die Papiere bezahlen und dafür zum Ausgleich die Aktienbeteiligung der deutschen Mannesmann AG übernehmen.

Da unzweifelhaft ein Teil der Papiere gefälscht war, wurde ein Gesetzentwurf eingebracht ¹⁾, der rückwirkend die volle Haftung des Unternehmens fingierte. Ein schließlich verabschiedetes Gesetzdekret (Lex Mannesmann) hielt sich aber an übliche Rechtsvorstellungen und hat letztlich für die brasilianische CSM keine nachteiligen Folgen gehabt.

Hier interessiert nicht so sehr die Frage nach den zivilrechtlichen Argumenten beider Seiten und die Klärung der wahren Verantwortlichkeit der einzelnen Geschäftsführer wie der Firma. Im Rahmen der Erörterung des Enteignungsproblems sind jedoch zwei Aspekte von Interesse.

Es ist dies einmal die Erregbarkeit der öffentlichen Meinung, ein von Interessenten bisweilen virtuos genutztes Druckmittel, gepaart mit einer gewissen Schwierigkeit vor allem der europäischen Zentralen, sich auf diesen heftigen und engagierten Presse- und gleichsam "Straßen"-kampf einzustellen und zu verstehen, daß dem wirtschaftlich Starken das Beharren auf Rechtspositionen verübelt wird und schon deshalb der Versuch einer gerichtlichen Klärung unpopulär ist. Die Mannesmann AG schreibt hierzu selbst :

"...Dagegen war die um den (Gesetzes-)Entwurf entstandene öffentliche Diskussion natürlich nicht ungefährlich. Da aber in Brasilien einander widerstrebende Interessen in einer für deutsche Verhältnisse noch ungewöhnlichen Art und Weise in der Öffentlichkeit, insbesondere in der Presse, ausgetragen zu werden pflegen, hat sich die CSM hieran im Verlaufe der überaus komplizierten Angelegenheit wohl oder übel zu gewöhnen...." ²⁾

1) Projekt No. 3.988 vor der Câmara dos Deputados

2) Schreiben an den Verfasser vom 21.1.1969

Mit kaum zu überbietendem Zynismus kommentierte ein Autor in einer der führenden brasilianischen Tageszeitungen :

"... eine Folge, bis zu einem gewissen Grade, der bestehenden unterschiedlichen Mentalitäten zwischen einem Land mit einem so "ausgereiften" Kapitalismus wie Deutschland und den Entwicklungsländern im allgemeinen und unserem Land im besonderen. Diese Unterschiede sind nicht so groß in den Beziehungen zwischen den USA und den unterentwickelten Ländern, denn die "Yankee"-Entwicklung erfolgte sehr viel später als die deutsche, ein Grund weshalb man in Texas gewisse Eigenheiten der Entwicklungsländer viel besser versteht als im Ruhrgebiet." 1)

Der Beobachter wird in diesem "besseren Verständnis" aber auch einen Grund für den Mangel an Popularität sehen, den das amerikanische Kapital gerade in Lateinamerika spürt. Der gleiche General, der die Untersuchung gegen CSM führte und sehr schnell zu einem umfassenden Urteil kam ²⁾, stand wenige Jahre später selbst wegen Erpressung vor Gericht, weil er nach Auffassung der Bundesstaatsanwaltschaft in Rio de Janeiro versucht hatte, andere Firmen unter Hinweis auf das Geschehen um die CSM unter Druck zu setzen und hierfür 300.000 DM Schweigegelder eingezogen hatte. ³⁾

Den zweiten Aspekt bilden die Drohungen mit Enteignung, der Versuch, Steuerschulden zu konstruieren, um durch Aufrechnung zu entschädigungslosem Entzug zu gelangen, und die nationalistischen Regungen, die bei solchen Auseinandersetzungen schnell eine große Rolle spielen. Die Parallelen zum Fall der IPC in Peru und dem der CEERG sind deutlich.

Die genannten Beispiele sollen nicht eine Art Urteil über Verwaltungs- und Wirtschaftspraktiken in Brasilien fällen. Sie sollen als Zeugnisse politisierender Tendenzen und unterschiedlichen wirtschaftlichen Denkens nur das weit positivere Bild der Rechtsordnung abrunden.

1) Estado de São Paulo vom 9.12.1965, S. 23

2) ebda.

3) FAZ vom 16. Mai 1968

V. ZUSAMMENFASSUNG IN LEITSÄTZEN

- 1) Alleiniger Träger des Enteignungsrechts ist der Staat. Er kann die Ausübung desselben aber Dritten übertragen.
Zur Gesetzgebung über Enteignungsfragen ist nur die Union ermächtigt.
- 2) Eigentum im Sinne der Verfassungsgarantie ist jedes Gut und jedes wohlerworbene Recht von vermögensgleichem Wert. Der Begriff "todos os bens" ist ebenso weit wie der des Eigentums im Sinne des Grundgesetzes.
- 3) Juristische Personen stehen den natürlichen gleich.
- 4) Eine genaue Abgrenzung der drei verfassungsrechtlichen Enteignungsmotive necessidade pública, utilidade pública und interesse social ist nicht möglich. Sie ergänzen einander. Der mit ihrer Hilfe gesteckte Rahmen entspricht dem (in der brasilianischen Lehre als bem comum bekannten) Wohl der Allgemeinheit im deutschen Recht.
- 5) Die Enteignung por interesse social soll nach dem Willen der Verfassungsgebenden Versammlung die soziale Neuordnung des Landes ermöglichen, vor allem die seit langem umstrittene Agrarreform.
- 6) Es gilt der Grundsatz der vollen Entschädigung. Im Sinne einer justitia distributiva werden jedoch Tendenzen zu einer nur teilweisen Entschädigung sichtbar, vor allem bei der Enteignung im interesse social.

Die Sozialfunktion des Eigentums wird heute stärker als zuvor betont. Eine nur teilweise Entschädigung soll insbesondere da zulässig sein, wo der Eigentümer sein Gut nicht im Interesse des sozialen Ganzen nutzt. Von kirchlicher Seite werden diese Tendenzen in Brasilien heute eher gestärkt. Als Kriterium einer nur teilweisen Entschädigung wird die Zumutbarkeit für den Staat herangezogen.

Die Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, bislang nur mit den Fällen der klassischen Enteignung befaßt worden, nicht mit Sozialreformenteignungen.

- 7) Die Entschädigung hat grundsätzlich in bar zu erfolgen. Nur im Falle der Enteignung unsozial genutzten Großgrundbesitzes erlaubt die Verfassung eine Entschädigung durch Staatsanleihen, die eine Geldwertkorrekturklausel beinhalten und eine Laufzeit von höchstens zwanzig Jahren haben dürfen.
- 8) Das Eigentum geht erst nach der Zahlung der Entschädigung auf den Staat über, Bodeneigentum auch dann erst mit der Umschreibung im Grundbuch (str.). Die Rechtsprechung ist insoweit uneinheitlich.
- 9) Die indirekte oder stille Enteignung löst die Entschädigungspflicht des Staates aus. Der Anspruch verjährt erst nach zwanzig Jahren.
- 10) Der Wert der Entschädigungssumme kann durch Urteil "aktualisiert" werden, wenn zwischen Schätzung und Endurteil oder Zahlung die Summe entwertet ist.
Bei Zahlungsverzug hat der Eigentümer einen weiteren, selbständigen Schadensersatzanspruch.

- 11) Der zivilrechtliche Enteignungsprozeß duldet keine Überprüfung des Verwaltungshandelns, vor allem nicht der Zulässigkeit der Enteignung. Der Eigentümer bleibt insoweit auf eine ação direta verwiesen, eine selbständige Klage, oder auf den Weg der einstweiligen Verfügung durch einen mandado de segurança nach der Verfassung. Die juristische Literatur kritisiert die Rechtsprechung als zu verwaltungsfreundlich. Eine strenge Prüfung wie die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit scheint sich unter den eher autoritären Regimen der letzten Jahrzehnte nicht immer durchzusetzen. Dagegen wurde die Entschädigung in der Regel von den Gerichten eher eigentümerfreundlich gehandhabt. Zahlreiche Urteile zeugen von dem Bemühen, das Entschädigungssystem zu vervollkommen.
- 12) Macht der Staat von der enteigneten Sache keinen Gebrauch im Sinne des in dem Enteignungsdekret genannten Ziels, so ist er verpflichtet, sie dem Alteigentümer zum Rückerwerb zum alten Preis anzubieten. Unterläßt er dies, haftet er für den dem Privaten hieraus entstehenden Schaden. Artikel 35 BrEG schließt, sofern er überhaupt als verfassungskonform angesehen wird (str.), lediglich einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe aus, nicht aber das Rückerwerbsrecht des Enteigneten. Das Recht auf retrocessão ist als Vermögenswert vererblich.
- 13) Der Ausländer steht dem Brasilianer gleich, soweit es um die als vorverfassungsrechtliches Natur- oder Grundrecht anerkannte Eigentums-garantie geht.

A N H A N G

=====

A N H A N G : M A T E R I A L I E N

I. Geltendes Recht

- A. Constituição da República Federativa do Brasil
(in der Fassung vom 17. 10. 1969) - Auszüge -
- B. Enteignungsgesetz N^o 3.365
(in der Fassung vom 21. 6. 1965)
 - a) brasilianischer Text
 - b) deutsche Übersetzung
- C. Enteignungsgesetz N^o 4.132 vom 10. 9. 1962
(deapropriação por interêsse social)
- D. Estatuto da Terra - Auszüge -
(Gesetz N^o 4.504 vom 30. 11. 1964)
- E. Código Civil - Auszüge -

II. Vorhergegangenes Recht

- A. Eigentumsklauseln der Verfassungen Brasiliens
 - a) Constituição Política do Império
 - b) Verfassung von 1891
 - c) Verfassung von 1934
 - d) Verfassung von 1937
 - e) Verfassung von 1946
 - f) Emenda Constitucional N^o 10 von 1964
 - g) Verfassung von 1967
- B. Königliches Dekret vom 21. Mai 1821

III. Internationale Verträge Brasiliens

- A. Art. 17 der Menschenrechtskonvention vom 10.12.1948

B. IX. Interamericana Conferencia in Bogotá 1948

(Art. 25 des Convênio Econ. de Bogotá)

C. Text des Investitionsabkommens mit den USA

(Vertrag vom 6. Februar 1965) - Auszüge -

Auszüge aus der

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

in der Fassung der Emenda Constitucional No. 1 vom 17.10.'69

(seit dem 30. Oktober 1969 in Kraft)

Art. 8 Compete à União:

.....

XVII - legislar sobre :

.....

f) desapropriação;

g) requisições civis e militares em tempo de guerra

.....

Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir :

.....

II - contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

.....

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Art. 116. Sómente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes :

.....

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com clausula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietario indenização ulterior.

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Suprmo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da Republica, sem prejuizo da ação civil ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

.....

Art. 155. O Presidente da Republica poderá decretar o estado de sítio nos casos de :

- I - grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção;
- II - guerra.

.....

Art. 157. Durante a vigência do estado de sítio e sem prejuizo das medidas previstas no artigo 154, tambem o Congresso Nacional mediante lei poderá determinar a suspensão de garantias constitucionais.

.....

Art. 160. A ordem economica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes principios :

- I - liberdade de iniciativa;
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e...

Art. 161. A União pode promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com clausula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 1º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões dos títulos, suas características, taxa de juros, prazo e condições do resgate.

§ 2º A desapropriação de que trata este artigo é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o acima disposto, conforme for estabelecido em lei.

§ 3º A indenização em títulos somente será feita quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 4º O Presidente da República poderá delegar as atribuições para a desapropriação de imóveis rurais por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias.

§ 5º Os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade sujeita a desapropriação na forma deste artigo.

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto as jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º A participação de que trata o parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto sobre minerais.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art. 169. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

Art. 170. As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

.....

Art. 171. A lei federal disporá sobre as condições de legitimação da posse e de preferência para aquisição até cem hectares, de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

parágrafo unico. Salvo para execução de planos de reforma agrária, não se fará, sem prévia aprovação do Senado Federal, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a tres mil hectares.

Art. 172. A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intemperies e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo.

Art. 173. A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

.....

Art. 174. A propriedade e a administração de empresas jornalísticas, de qualquer especie, inclusive de televisão e de radiodifusão, são vedadas :

- I - a estrangeiros;
- II - a sociedades por ações ao portador; e
- III - a sociedades que tenham, como acionistas ou sócios estrangeiros ou pessoas jurídicas, exceto partidos políticos.

.....

Art. 198. As terras habitadas pelos selvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1.º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos selvícolas.

§ 2.º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Enteignungsgesetz

Übersetzung

Decreto-Lei vom 21. Juni 1941 (No. 3.365)

in der Fassung des Gesetzes No. 2.786 vom 21. Mai 1956
und des Gesetzes No. 4.686 vom 21. Juni 1965

Art. 1

Dies Gesetz regelt mit Geltung für das gesamte brasilianische Territorium die Enteignung zum öffentlichen Nutzen.

Art. 2

Die Union, die Staaten, die Munizipien, der Bundesdistrikt und die Territorien können jedes Gut enteignen. Sie stellen fest, daß die Enteignung dem öffentlichen Nutzen dient.

§ 1. Die Enteignung des Raumes über oder unter einem Grundstück ist nur erforderlich, soweit seine Benutzung einen Vermögensschaden des Grundeigentümers zur Folge hat.

§ 2. Die Union kann Vermögen der Staaten, der Munizipien, des Bundesdistrikt und der Territorien enteignen, die Staaten das der Munizipien. Voraussetzung der Enteignung ist in jedem Fall eine Ermächtigung durch den Gesetzgeber.

Art. 3

Der Inhaber einer Konzession für öffentliche Dienste oder eines Unternehmens im öffentlichen Auftrag oder ein mit der Wahrnehmung öffentlicher Funktionen Beauftragter kann die Enteignung betreiben. Er bedarf hierzu einer ausdrücklichen Ermächtigung durch ein Gesetz (Gesetzesdekret) oder einen Vertrag.

Art. 4

Die Enteignung kann auch benachbarte Flächen erfassen, wenn diese zur Durchführung der öffentlichen Maßnahme, der die Enteignung dient, erforderlich sind. Ebenso können die Flächen enteignet werden, deren Wert in Erwartung der öffentlichen Maßnahme oder infolge ihrer Durchführung außergewöhnlich steigt. Die Feststellungserklärung über den öffentlichen Nutzen muß in jedem Einzelfall die Flächen erfassen und beschreiben, inwieweit sie für die Durchführung unumgänglich notwendig sind oder inwieweit sie zum Wiederverkauf vorgesehen sind.

Art. 5

Fälle des öffentlichen Nutzens sind :

- a) die nationale Sicherheit;
- b) die Verteidigung des Staates;
- c) die öffentliche Hilfe bei Katastrophen;
- d) die allgemeine Gesundheit;
- e) die Erstellung oder Verbesserung von Ansiedlungen und ihre geregelte Versorgung mit Lebensmitteln;
- f) öffentliche Hilfe, notwendige Einrichtungen der Hygiene und der Gestaltung eines Ortes, Krankenhäuser, Kliniken, Erholungszentren und die Erschließung von Heilquellen;
- g) die industrielle Nutzung von Bodenschätzen und Fundstätten für Erze, Wasserläufen und anderen wasserkraftreserven;
- h) Nutzung und Unterhaltung von öffentlichen Einrichtungen;
- i) Bau, Unterhaltung und Verbesserung von öffentlichen Straßen und Plätzen; Durchführung von städtebaulichen Plänen; Teilung von bebauten und unbebauten Grundflächen zum Zwecke besserer Nutzung, aus wirtschaftlichen, hygienischen oder ästhetischen Gründen;
- j) die Sicherstellung der Funktion öffentlicher Verkehrsmittel;
- k) Schutz und Unterhaltung geschichtlicher oder künstlerischer Werte, gleichgültig, ob sie isoliert stehen oder im Zusammenhang einer Bebauung in Stadt und Land; ebenso Maßnahmen, die darauf abzielen, ihre Umgebung zu gestalten und Wert oder Eigenschaft der Baudenkmäler hervorzuheben; ferner der Schutz des Landschaftsbildes oder von Naturerscheinungen;
- l) der Schutz und die zweckmäßige Verwahrung von Archiven, Dokumenten und anderen beweglichen Werten mit historischem oder künstlerischem Wert;
- m) die Errichtung öffentlicher Bauten, Denkmäler oder Friedhöfe;
- n) der Bau von Sportanlagen und Flugplätzen;
- o) die Neuauflage oder Verbreitung von Büchern und wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Schriften und Erfindungen;
- p) alle anderen Fälle, soweit ein Gesetz jeweils hierzu ermächtigt.

Art. 6

Die Feststellungserklärung über den öffentlichen Nutzen ("Enteignungserklärung") erfolgt durch Verordnung, die vom Präsidenten der Republik, einem Gouverneur, staatlich bestellten Interventor oder vom Bürgermeister erlassen wird (Dekret).

Art. 7

Nach Erlass des Dekrets über die Enteignung sind die Verwaltungsbehörden berechtigt, die im Dekret bezeichneten Grundstücke zu betreten. Sie können im Falle des Widerstands polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen.

Wer durch unberechtigte Eingriffe oder Machtmißbrauch seitens der Vertreter öffentlicher Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, hat Anspruch auf Ersatz des Schadens; ob eine Strafverfolgung eingeleitet werden kann, ist insoweit unerheblich.

Art. 8

Die Gesetzgebende Gewalt kann aus eigener Initiative eine Enteignung veranlassen. Die Vollziehende Gewalt hat in diesem Fall die zur Durchführung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

Art. 9

Der Rechtsprechenden Gewalt ist es untersagt, im Enteignungsprozeß zu überprüfen, ob ein Fall des öffentlichen Nutzens vorliegt oder nicht.

Art. 10

Die Enteignung wird durch einen Vertrag mit den Eigentümern oder durch ein gerichtliches Streitverfahren durchgesetzt. Dies hat innerhalb von fünf Jahren vom Tage des Erlasses der zugrundeliegenden Verordnung an zu geschehen. Nach Ablauf von fünf Jahren verliert das Dekret seine Kraft.

Der gleiche Vermögenswert kann in diesem Fall erst nach Ablauf eines weiteren Jahres wieder Gegenstand einer Enteignungserklärung werden.

Über das gerichtliche Verfahren

Art. 11

Ist der Bund Kläger, ist die Klage je nach Wohnsitz des Beklagten vor dem Gericht des Distrito Federal oder vor dem der Hauptstadt des betreffenden Staates zu erheben. Besteht eine besondere Kammer für Enteignungsverfahren, so ist diese zuständig. In allen anderen Fällen wird die Klage vor dem Gericht erhoben, in dessen Bezirk sich der Vermögenswert befindet.

Art. 12

In Enteignungsprozessen dürfen nur Richter auf Lebenszeit mitwirken, die unversetzbar und deren Bezüge unkürzbar sein müssen.

Art. 13

Die Klageschrift muß außer den in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Erklärungen das Preisangebot enthalten. Der Klageschrift ist in der Anlage ferner ein Original des Vertrages oder des Amtsblattes beizufügen, oder eine beglaubigte Kopie derselben, ferner ein Geländeplan oder eine Beschreibung des streitigen Vermögenswertes und gegebenenfalls seiner Grenzen.

Einziger Paragraph. Falls der Streitwert 2.000.--Cruzeiros nicht übersteigt, ist die Anlage entbehrlich.

Art. 14

Im Klagezulassungsbeschluß hat der Richter einen Sachverständigen nach freiem Ermessen zu bestimmen, um eine Schätzung des Wertes des streitigen Eigentums zu erhalten. Der Sachverständige soll fachlich qualifiziert sein.

Einziger Paragraph. Der Kläger und der Beklagte können dem Sachverständigen fachlich qualifizierte Assistenten beordnen.

Art. 15

Der Richter weist dem Kläger den vorläufigen Besitz am streitigen Eigentum zu, wenn dieser die Dringlichkeit der Maßnahme behauptet und nach Maßgabe der Vorschriften des Art. 685 der Zivilprozeßordnung den geschätzten Betrag hinterlegt.

§ 1 Die vorläufige Besitzeinweisung kann unabhängig vom der Ladung des Beklagten erfolgen mittels Hinterlegung

- a) des (vom Kläger) angebotenen Preises, wenn dieser höher ist als das Zwanzigfache des Mietwertes, zu dem und sofern das Eigentum der Gebäudesteuer unterliegt;
- b) des Zwanzigfachen des Mietwertes, sofern das Gebäude dieser Steuer unterliegt, wenn der angebotene Preis geringer ist als diese Summe;
- c) des Katasterwertes des Grundstücks, wie er zum Zwecke der Erhebung der städtischen oder landwirtschaftlichen Grundsteuer festgesetzt ist, unter der Voraussetzung, daß dieser Wert im unmittelbar vorausgegangenen Steuerjahr neu berechnet worden ist;
- d) Hat eine Aktualisierung des Steuerwertes nach Ziffer c) nicht stattgefunden, so wird der Richter unabhängig von der Schätzung die Höhe der zu hinterlegenden Summe

festsetzen. Hierbei wird er den Zeitpunkt der letzten Festsetzung des Katasterwertes berücksichtigen und die Wertsteigerung oder Wertminderung des Grundstückes nach diesem Zeitpunkt.

§ 2 Wird die Dringlichkeit der Maßnahme behauptet, so ist der Enteignende gehalten, innerhalb einer Frist von 120 Tagen, die nicht verlängert werden kann, den Antrag auf vorläufige Besitzeinweisung zu stellen. Die Behauptung der Dringlichkeit kann nicht wiederholt werden.

Art. 16

Die Ladung erfolgt durch Klagezustellung an die Person des Eigentümers der Güter; die Ladung des Ehegatten macht die der Frau entbehrlich; die Ladung eines Gesellschafters oder Geschäftsführers oder mehrerer genügt, wenn das Gut einer Gesellschaft gehört, die des Verwalters der Sache, soweit Miteigentum vorliegt, ausgenommen im Falle eines Gebäudes mit Stockwerkseigentum, wenn jede Wohnung autonomes Eigentum bildet; ebenso durch Zustellung an die übrigen Miteigentümer, den Pfleger und - soweit ein solcher nicht bestellt ist, an den Gatten, Erben oder Vermächtnisnehmer.

Einziger Paragraph. Wird der zu Ladende nicht angetroffen, ist jedoch bekannt, daß er sich im Gerichtsbezirk aufhält, setzt der zustellende Beamte unverzüglich einen neuen Zeitpunkt für die Ladung nach Ablauf von 48 Stunden fest; seine Entscheidung ist unabhängig von einer Prüfung oder einem neuen Beschluß.

Art. 17

Wird die Klage nicht vor dem Gericht des Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltes des Eigentümers erhoben, so erfolgt die Ladung durch "precatoria", wenn ersich an einem bekannten Ort aufhält, der außerhalb der Jurisdiktion des angerufenen Richters liegt.

Art. 18

Die Ladung erfolgt durch Aufruf, wenn der zu Ladende unbekannt ist oder sein Aufenthaltsort unbekannt, unsicher oder unzugänglich ist oder auch im Ausland liegt, was von zwei Beamten des Gerichts bestätigt werden muß.

Art. 19

Nach erfolgter Ladung verläuft das Verfahren nach den ordentlichen Vorschriften.

Art. 20

Die Klageerwiderung kann nur auf Verfahrensfehler des richterlichen Prozesses eingehen oder den Preis beanstanden; jede andere Frage ist durch ein direktes klageverfahren zu entscheiden.

Art. 21

Die Instanz wird nicht unterbrochen. Im Falle des Todes des Eigentümers oder des Verlusts der Geschäftsfähigkeit ernennt der Richter, sobald er hiervon Kenntnis erlangt, einen Prozeßpfleger (curador), bis der Interessierte (Rechtsnachfolger etc.) sich ausweist.

Einziger Paragraph. Handlungen, die zwischen dem Zeitpunkt des Todes oder des Eintritts der Geschäftsfähigkeit und der Bestellung eines Pflegers vorgenommen werden, können von ihm gebilligt oder beanstandet werden, ebenso vom Vertreter des Nachfolgers oder des Geschäftsunfähigen.

Art. 22

Liegt eine Einigung über den Preis vor, so bestätigt der Richter diese in der Zulässigkeitsentscheidung durch Urteil.

Art. 23

Nach Ablauf der Frist zur klageerwiderung hat der Sachverständige, sofern eine ausdrückliche Einigung über den Preis nicht zustande gekommen ist, sein Gutachten mindestens fünf Tage vor der streitigen Verhandlung und dem Erlaß des Urteils bei der Geschäftsstelle des Gerichts abzugeben.

§ 1 Der Sachverständige kann von Behörden alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sich für die Fertigung des Gutachtens als erforderlich erweisen. Im Gutachten muß er Ausführungen zu den in Art. 27 genannten und allen übrigen Umständen machen, die zur Entscheidung über die Entschädigung beitragen.

Als Kosten werden ihm alle durch Beleg nachgewiesenen Auslagen und nach Ermessen des Richters auch die Kosten anderer Unterlagen erstattet, sofern er sie dem Gutachten beifügt.

§ 2 Vor Erlaß des despacho saneador (Eröffnungsbeschluß) kann der Sachverständige eine Frist zur Erstellung seines Gutachtens beantragen.

Art. 24

In der mündlichen Verhandlung wird nach Maßgabe des Zivilprozeßbuches verfahren. Nach Abschluß der Erörterungen erläßt der Richter ein Urteil, das die Entschädigungssumme festlegt.

Einziger Paragraph. Sieht sich der Richter (noch) nicht in der Lage zu entscheiden, so beraumt er umgehend eine weitere

mündliche Verhandlung innerhalb von zehn Tagen zur Verkündung des Urteils an.

Art. 25

Hauptsache und Zubehör oder Teilrechte werden in autonomen Teilbeträgen berechnet.

Einzigiger Paragraph. Der Richter kann einen angemessenen Betrag für den Ausbau und Transport der installierten und in Betrieb befindlichen Maschinen und Geräte zuerkennen.

Art. 26

In die Entschädigungssumme, die dem Zeitwert der Schätzung zu entsprechen hat, sind Rechte Dritter gegen den Enteigneten nicht einzubeziehen.

Einzigiger §. Ersetzt werden auch die notwendigen Verwendungen, die nach der Enteignungserklärung gemacht wurden, die nützlichen Verwendungen jedoch nur, soweit sie mit Ermächtigung des Enteignenden gemacht wurden.

§ 2 ⁽¹⁾ Nach Ablauf von mehr als einem Jahr nach der Schätzung nimmt der Richter oder das Gericht vor Erlaß des Endurteils eine Geldwertkorrektur vor gegenüber dem seinerzeit festgestellten Wert.

Art. 27

Der Richter gibt in seiner Entscheidung die Daten an, die seine Überzeugung motivieren. Hierbei hat er insbesondere zu berücksichtigen die amtliche Schätzung der Güter für Steuerzwecke, den Erwerbswert und das Zinsinteresse, das der Eigentümer hierauf stützt, Lage, Zustand und Sicherheit der Werte, ebenso den Marktwert für Güter gleicher Art in den letzten fünf Jahren und die Aufwertung oder Abwertung der Restflächen, soweit sie dem Eigentümer gehören.

§ 1 Das Urteil über die Höhe der Entschädigungssumme den Enteignenden zugleich, wenn diese höher ist als der angebotene Preis, zur Zahlung der Anwaltshonorare, soweit diese dem Unterschiedsbetrag entsprechen.

§ 2 Der Eigentumsübergang unterliegt nicht der Grundgewinnsteuer, wenn er infolge einer gütlichen oder richterlichen Enteignung eintrat.

1) § 2 ist durch Gesetz No. 4.686 vom 21. 6. 1965 eingefügt;
vgl. auch RF 211 (1965), S. 411

Art. 28

Gegen das Urteil über die Höhe der Entschädigung ist die Appellation gegeben. Sie hat nur auflösende Wirkung, wenn sie vom Enteigneten erhoben wird. Dagegen hat sie beide Wirkungen (=auch aufschiebende), wenn der Enteignende das Rechtsmittel einlegt.

§ 1 Der Richter hat von Amts wegen zu appellieren, wenn er den Fiskus zu einer Summe verurteilt, die mehr als das Doppelte der angebotenen Summe darstellt.

§ 2 In Fällen, in denen der Wert unter 2.000 Cruzeiros liegt, ist die Bestimmung des Art. 839 des Zivilprozeßbuches zu beachten (Bagatellfälle).

Art. 29

Nach erfolgter Zahlung oder Hinterlegung wird zugunsten des Enteignenden ein Besitzeinweisungsbefehl erlassen. Zugleich dient dies Urteil als Titel für die Umschreibung im Grundbuch.

Art. 30

Die Kosten sind vom Kläger zu tragen, wenn der Beklagte den angebotenen Preis annimmt, andernfalls trägt sie nach Maßgabe des ordentlichen Rechts der Unterlegene oder sind sie aufzuteilen..

Schlußbestimmungen

Art. 31

In der Entschädigungssumme werden alle Belastungen oder Rechte Dritter ersetzt, die auf dem enteigneten Gut ruhen.(Subrogation)

Art. 32

Die Entschädigungssumme ist vorab und in Bargeld auszusahlen.

Art. 33

Die Hinterlegung der durch Urteil festgesetzten Summe zur Disposition des im Streit zuständigen Richters gilt als vorherige Zahlung der Entschädigung.

§ 1 Die Hinterlegung hat bei dem Banco do Brasil zu erfolgen oder, wo diese keine Filiale hat, bei einem zugelassenen Bankinstitut, das der Richter bestimmt.

§ 2 Der Enteignete kann bis zu 80 % der hinterlegten Summe abheben, auch wenn er nicht mit dem angebotenen Wert, der geschätzten Summe oder dem durch Urteil festgesetzten Preis einverstanden ist, sofern die Hinterlegung mit dem hier oder in Art. 15 vorgesehenen Ziel erfolgte. Das Verfahren nach Art. 34 ist zu beachten.

Art. 34

Der Abhebung des hinterlegten Wertes wird zugestimmt, wenn der Eigentümer sein Recht beweist, er die öffentlichen Schulden bezahlt hat, die auf dem enteigneten Gut ruhen, und öffentliche Aufrufe bekanntgegeben sind, die mit einer Frist von 10 Tagen Dritte hiervon in Kenntnis setzen.

Einziger § Wenn der Richter feststellt, daß am Eigentumsrecht begründeter Zweifel besteht, bleibt die Entschädigungssumme hinterlegt. Die Interessierten können ihre Auszahlung mit der hierfür vorgesehenen Klage erstreiten.

Art. 35

Enteignete Güter können nicht mehr Gegenstand einer Herausgabeklage sein, sobald sie dem Öffentlichen Vermögen (Fazenda Publica) einverleibt sind. Dies gilt auch dann, wenn die Klage mit der Nichtigkeit des Enteignungsverfahrens begründet wird. Jedwede Klagefroderung, die für begründet beurteilt wird, wandelt sich in einen Anspruch auf Schadensersatz.

Art. 36

Die vorübergehende Besetzung nicht bebauter Grundstücke, die öffentlichen Arbeiten benachbart sind und zu ihrer Durchführung notwendig sind, ist erlaubt. Sie ist letztlich aufgrund einer besonderen Klage zu entschädigen.

Der Enteignende hat eine Kautionsleistung zu leisten, wenn dies verlangt wird.

Art. 37

Derjenige, dessen Gut durch eine Enteignung benachbarter Flächen einen ungewöhnlichen Nachteil in der wirtschaftlichen Bestimmung des Vermögens erleidet, hat ein Recht, vom Enteignenden Schadensersatz zu verlangen.

Art. 38

Der Beklagte haftet Dritten gegenüber, und zwar aufgrund besonderer Klage, für das Verschweigen (Vergessen) oder schuldhaftes Unterdrücken jedweder Information, die im Ablauf des Prozesses oder für die Auszahlung der Entschädigung von Bedeutung sein kann.

Art. 39

Eine Enteignungsklage kann auch während der Gerichtsferien erhoben werden und wird durch ihren Beginn nicht unterbrochen.

Art. 40

Der Enteignende kann auch auf die Bestellung von Grunddienstbarkeiten klagen, jedoch ebenfalls nur gegen Entschädigung nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Art. 41

gegenstandslos

Art. 42

Auf alle Fragen, die in diesem Gesetz nicht geregelt sind, ist das Zivilprozeßbuch anzuwenden.

Art. 43

Dies Gesetz tritt im Bundesdistrikt zehn Tage nach seiner Veröffentlichung, in den Staaten und dem Territorium Acre dreißig Tage nach seiner Veröffentlichung in Kraft. Entgegenstehende Vorschriften werden damit aufgehoben.

Rio de Janeiro, den 21. Juni 1941, im 120. Jahr der
Unabhängigkeit und 53. der Republik.

Getúlio Vargas
Francisco Campos

Enteignungsgesetz No. 4.132 vom 10. September 1962

(desapropriação por interesse social)

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei :

Art. 1.º

A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2.º

Considera-se de interesse social :

- I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
- II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça o plano de zoneamento agrícola,....(vetado)...;
- III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;
- IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;
- V - a construção de casas populares;
- VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
- VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de águas e de reservas florestais.

§ 1.º O disposto no item I deste artigo só se aplicará nos casos de bens retirados da produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente explorados, seja inferior à

mêia da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados.

§ 2.º As necessidades de habitação, trabalho e consumo serão apuradas anualmente segundo a conjuntura e condições econômicas locais, cabendo o seu estudo e verificação às autoridades encarregadas de velar pelo bem-estar e pelo abastecimento das respectivas populações.

Art. 3.º

O expropriante tem o prazo de dois (2) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetuar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.

Art. 4.º

Os bens desapropriados serão objeto de venda ou locação, a quem estiver em condição de dar-lhe a destinação social prevista.

Art. 5.º

No que esta lei fôr omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.

Art. 6.º

Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 1o de setembro de 1962;

141.º da Independência e 74.º da República.

João Goulart

Francisco Brochado da Rocha

Hermes Lima

Renato Costa Lima

Gesetz No. 4.504 vom 30. November 1964

E S T A T U T O D A T E R R A

.....

Art. 2.º

É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1.º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente :

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

§ 2.º É dever do Poder Público :

.....

- b) zelar para que a propriedade da terra desempenhe sua função social, estimulando planos para a sua racional utilização, promovendo a justa remuneração e o acesso do trabalhador aos benefícios do aumento da produtividade e ao bem-estar coletivo.

.....

Art. 17.

O acesso à propriedade rural será promovido mediante a distribuição ou a redistribuição de terras, pela execução de qualquer das seguintes medidas :

- a) desapropriação por interesse social;

.....

Art. 18.

A desapropriação por interesse social tem por fim :

- a) condicionar o uso da terra à sua função social;
- b) promover a justa e adequada distribuição da propriedade;
- c) obrigar a exploração racional da terra;
- d) permitir a recuperação social e econômica de regiões;
- e) estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica;
- f) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização de recursos naturais;

- g) incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural;
- h) facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora e a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

Art. 19.

A desapropriação far-se-á na forma prevista na Constituição federal, obedecidas as normas constantes da presente Lei.

.....

§ 2º. Para efeito de desapropriação observar-se-ão os seguintes princípios :

- a) para a fixação da justa indenização, na forma do art. 147, § 1º, da Constituição federal, levar-se-ão em conta o valor declarado do imóvel para efeito de Imposto Territorial Rural, o valor constante do Cadastro acrescido das benfeitorias com a correção monetária porventura cabível, apurada na forma da legislação específica, e o valor venal do mesmo.

.....

§ 4º. O fôro competente para a desapropriação é o da situação do imóvel.

§ 5º. De toda decisão que fixar o preço em quantia superior à oferta formulada pelo órgão expropriante, haverá obrigatoriamente recurso de ofício para o Tribunal Federal de Recursos; verificado, em ação expropriatória, ter o imóvel valor superior ao declarado pelo expropriado, e apurada a má fé ou o dolo deste, poderá a sentença condená-lo à penalidade prevista no art. 49, § 3º, desta Lei, deduzindo-se do valor da indenização o montante da penalidade.

Art. 20.

É o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária autorizado, para todos os efeitos legais, a promover as desapropriações necessárias ao cumprimento da presente Lei.

Parágrafo Único. A União poderá desapropriar, por interesse social, bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, precedido o ato, em qualquer caso, de autorização legislativa.

.....

Auszüge aus dem Código Civil

(Gesetz No. 3.071 vom 1. Januar 1916)

Livro II. Dos bens.

Capítulo III. Dos bens públicos e particulares

Art. 65.

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual fôr a pessoa a que pertencerem.

Art. 66.

Os bens públicos são :

I. Os de uso comum do povo, tais como as mares, rios, estradas, ruas e praças.

II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

Art. 67.

Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhe é particular, nos casos e forma que a lei prescrever.

.....

Livro III. Dos fatos jurídicos.

Art. 75.

A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

.....

P a r t e E s p e c i a l.

Livro II. Do direito das coisas.

Título II. Da propriedade.

Art. 524..

A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

.....

Art. 525.

É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

.....

Art. 590.

Também se perde a propriedade imóvel mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública .

§ 1º Consideram-se casos de necessidade pública :

- I. A defesa do território nacional.
- II. A segurança pública.
- III. Os socorros públicos, nos casos de calamidade.
- IV. A salubridade pública.

§ 2º Consideram-se casos de utilidade pública :

- I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública.
- II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e, em geral, de quaisquer vias públicas.
- III. A construção de obras, ou estabelecimentos, destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene.
- IV. A exploração de minas.

Art. 591.

Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina (Constituição Federal, Art. 153 § 22), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até aonde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior.

Parágrafo único. Nos demais casos, o proprietário será previamente indenizado, e, se recusar a indenização, consignar-se-lhe-á judicialmente o valor.

.....

Da propriedade resolúvel.

Art. 647.

Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha.

Art. 648.

Se, porém, o domínio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa em cujo benefício houve resolução, ação contra aquêle

cujo domínio se resolver para haver a própria coisa,
ou seu valor.

.....

Título III. Dos direitos reais sôbre coisas alheias.

.....

Art. 738.

Também fica subrogada no ônus do usufruto, em lugar do prédio,
a indenização paga, se elle fôr desapropriado, ou a importância
do dano, ressarcido pelo terceiro responsável, no caso de
danificação, ou perda.

.....

Art. 749.

No caso de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública,
de prédio sujeito a constituição de renda (arts. 1.424 a 1.431),
aplicar-se-á em constituir outra o preço do imóvel obrigado. O
mesmo destino terá, em análogo, a indenização do seguro.

.....

Art. 762.

A dívida considera-se vencida : (1)

.....

V. se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se
a parte do preço, que fôr necessária para o pagamento
integral do credor.

.....

Livro III. Do direito de obrigações.

Título IV. Dos contratos.

Título V. Das várias espécies de contratos.

Seção II. Das cláusulas especiais à compra e venda.

Da preempção ou preferência.

Art. 1.149.

A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação
de oferecer ao vendedor a coisa que aquêlle vai vender, ou dar
em pagamento, para que este use de seu direito de prelação
na compra, tanto por tanto.

Art. 1.150.

A União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário

(1) Es handelt sich um die "dívidas garantidas por penhor,
anticrese ou hipoteca" des Art. 775 CC

o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou.

Art. 1.151.

O vendedor pode também exercer o seu direito de prelação, intimando-o ao comprador, quando lhe constar que este vai vender a coisa.

Art. 1.152.

O direito de preempção não se estende senão às situações indicadas nos arts. 1.149 e 1.150, nem a outro direito real que não a propriedade.

Art. 1.153.

O direito de preempção caducará, se a coisa fôr móvel, não se exercendo nos três dias, e, se fôr imóvel, não se exercendo nos trinta dias subsequentes àquele, em que o comprador tiver afrontado o vendedor.

Art. 1.154.

Quando o direito de preempção fôr estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem êle toque, perder, ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-la na forma sobredita.

Art. 1.155.

Aquêle que exerce a preferência, está, sob pena de a perder, obrigado a pagar, em condições iguais, o preço encontrado. ou o ajustado.

Art. 1.156.

Responderá por perdas e danos o comprador, se ao vendedor não der ciência do preço e das vantagens, que lhe oferecem pela coisa.

Art. 1.157.

O direito de preferência não se pode ceder nem passar aos herdeiros.

.....

Capítulo IV. Da locação.

Seção I. Da locação de coisas.

Art. 1.197.

Se durante a locação, fôr alienada a coisa, não ficará o adquirente obrigado a respeitar o contrato, se nêle não fôr consignada a cláusula de sua vigência no caso de alienação, e constar do registro público.

Die Eigentumsklauseln der Verfassungen Brasiliens

seit der Unabhängigkeit

a) Constituição Política do Império do Brazil

Art. 179, 22 :

E garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e o emprêgo da propriedade do cidadão, seja ele préviamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.

b) Verfassung von 1891

Art. 72, § 17 :

O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

c) Verfassung von 1934

Art. 113, 17 :

E garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interêsse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.

d) Verfassung von 1937

Art. 122, 14 :

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes :

.....

14. O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regulam o exercício.

e) Verfassung von 1946

Art. 141, § 16 :

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes :

.....

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

f) Änderung der Verfassung durch Emenda Constitucional n.º

vom 9. November 1964

Art. 141 § 16 erhielt folgende Fassung :

§ 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com exceção prevista no § 1.º do art. 147. Em caso de perigo.....

Dem Art. 147 wurden folgende §§ 1 bis 6 hinzugefügt :

§ 1º Para fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante o pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º A desapropriação, de que trata o § 1º, é de competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em Decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma e exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

§ 6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

g) Verfassung von 1967

Capítulo IV.

Dos Direitos e Garantias Individuais.

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

.....

§ 22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

.....

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios :

- I - liberdade de iniciativa;
- II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III - função social da propriedade;
- IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
- V - desenvolvimento econômico;
- VI - repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

§ 1º. Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º A desapropriação de que trata o § 1º e da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, so recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme fôr definido em lei.

§ 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

.....

Königliches Dekret vom 21. Mai 1821

Sendo uma das principais bases do pacto entre os homens a segurança de seus bens; e constando nos que, com horrenda infração do sagrado direito de propriedade, se cometem os atentados de tomar-se, a pretexto de necessidade do Estado e real fazenda, efeitos de particulares contra a vontade destes, e muitas vezes para locupletar aqueles que mandam violentamente tomar; e, levado sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer título para poder requerer a devida indenização :

D e t e r m i n o

da data deste em diante ninguém possa tomar-se, contra sua vontade, coisa alguma de que for possuidor ou proprietário, sejam quaisquer que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro, de comum acordo, se ajuste o preço que por real fazenda lhe deve ser pago no ato de entrega; e porque pode acontecer que alguma vez faltam meios prporcionados a tão prontos pagamentos : ordeno, neste caso, que ao vendedor se entregue título aparelhado para, em tempo competente, reaver sua indenização, quando ele, sem constrangimento, convinta em lhe ser tirada a coisa necessária ao Estado e aceite aquele modo de pagamento.

Os que o contrário fizerem, incorrerão na pena do dobro do valor a benefício dos ofendidos.

Menschenrechtskonvention vom 10. Dezember 1948

Art. 17

- (1) Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité,
a droit a la propriété.
- (2) Nul ne peut être arbitrairement privé de sa
propriété.

IX. Interamerikanische Konferenz

Art. 25. (Convênio Econômico de Bogotá)

Os Estados não tomarão ação discriminatória contra os investimentos, da qual resulte a privação dos direitos de propriedade legalmente adquiridos por empresas ou capitais estrangeiros, por causas ou em condições diferentes daquelas que a Constituição ou as leis de cada país estabeleçam para a expropriação da propriedade privada. Toda desapropriação será acompanhada de pagamento do justo preço, em forma oportuna, adequada e efetiva.

INVESTITIONSSCHUTZABKOMMEN Brasiliens mit den U S A

(Vertrag vom 6. Februar 1965, vgl. den engl. Text in International Legal Materials 1965, S. 296 ff.)

Acôrdo sôbre garantia de investimentos entre os Estados Unidos do Brasil e os Estados Unidos da America.

O Govêrno dos E.U. do Brasil e o Govêrno dos E.U.da America,
.....

Desejando encorajar a participação privada no desenvolvimento de recursos econômicos e capacidade produtiva, através de garantias de investimentos concedidas pelo país do investidor, e ensejar condições para o estabelecimento de mecanismos multilaterais sôbre a matéria,

Concordam no seguinte :

.....

Art. II.

As disposições do presente Acôrdo sômente serão aplicáveis a investimentos, cobertos de garantia, em projetos ou atividades aprovadas para fins de garantia pelo Govêrno em cujo território o projeto ou atividade se realizar (doravante denominado "o Govêrno do País Recipiente").....

Art. III.

(1) Se o Govêrno Garantidor efetuar um pagamento em sua moeda nacional a determinado investidor, em decorrência de uma garantia concedida em conformidade com o presente Acôrdo, o Govêrno do País Recipiente, observada a restrição do parágrafo seguinte, reconhecerá a sub-rogação, operada em favor do Govêrno Garantidor, em dinheiro, créditos, haveres ou investimentos, por conta dos quais tenha sido efetuado aquele pagamento, bem como em qualquer direito, título, reivindicação, privilégio ou direito a ação, existente ou que possa surgir, aos mesmos referentes.

(2) Na medida em que as leis do País Recipiente impedirem, n todo ou em parte, a aquisição pelo Govêrno Garantidor de bens imóveis situados no território do País Recipiente, permitirá Govêrno do País Recipiente que o investidor e o Govêrno Garantidor tomen as medidas legais apropriadas para que tais

bens sejam transferidas a uma entidade capaz de adquirí-los, segundo as leis do País Recipiente.

Art. IV.

(1) As importâncias em moeda legal do País Recipiente e aos créditos na mesma expressos, adquiridos pelo Governo Garantidor, em sua qualidade de subrogado nos termos do Artigo anterior, sera dispensado tratamento nem menos nem mais favoravel do que o concedido aos fundos dos nacionais do Governo Garantidor, oriundos de investimentos semelhantes àqueles do investidor sub-rogante, ficando essas importâncias e créditos à livre disposição do Governo Garantidor, para atender as suas despesas no País Recipiente.

(2)

Art. V.

Nada no presente acôrdo outorgará ao Governo Garantidor quaisquer outros direitos alem daqueles que caberiam ao investidor sub-rogante.....

Art. VI.

(1) Divergências entre os dois Governos relativas à interpretação das disposições dêste Acôrdo serão resolvidas, na medida do possivel, por meio de negociações entre os mesmos. Se determinanda divergência não puder ser resolvida dentro de um período de seis meses subseqüentes a solicitação de tais negociações, a mesma podera ser submetida, a pedido de qualquer um dos Governos, a arbitramento de acôrdo com o parágrafo 4 dêste Artigo.

(2) Qualquer reivindicação concernente a um investimento garantido de conformidade com o presente Acôrdo, contra qualquer dos Governos, que possa constituir matéria de Direito Internacional Público, será, a pedido do Governo que formule a reivindicação, submetida a negociações. Se, ao fim de seis meses subseqüentes ao periodo de negociações, os dois Governos não resolverem a reivindicação por acôrdo mútuo, a mesma, inclusive se a questão const tui ou não matéria de Direito Internacional Público, será submetida a arbitramento de acôrdo com o parágrafo 4 dêste Artigo.

(3) Serão excluidas das negociações e do procedimento arbitral

aqui contemplados, os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano. Em consequência fica entendido que reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais Têrmos são definidos no Direito Internacional Público. O valor em dinheiro de qualquer reivindicação submetida para negociação ou arbitramento nos termos deste Acôrdo, não deverá exceder a importância da compensação paga por força de garantias concedidas em conformidade com este Acôrdo, com relação ao investimento objeto da reivindicação.

(4) Questões surgidas nos têrmos dos parágrafos 1, 2 e 3 deste Artigo serão submetidas, a pedido de qualquer dos Governos, a um tribunal arbitral que se pautará pelos princípios do Direito Internacional Público, reconhecidos nos Artigos 1 e 2 do Tratado Geral Interamericano de Arbitramento, assinado em Washington, em 5 de janeiro de 1929. Sòmente os respectivos Governos podem requerer o processo arbitral e do mesmo participar. A escolha de árbitros e o método de seu procedimento obedecerão ao disposto nos Artigos 3, 4, e 6 do Tratado Geral de Arbitramento de 1929.

Art. IX.

.....o presente Acôrdo continuará em vigor até seis meses a partir da data do recebimento da nota pela qual um Governo informe o outro de sua intenção de não participar do mesmo. Neste caso, as disposições do presente Acordo, com respeito a garantias concedidas durante sua vigência, permanecerão em vigor pelo período de duração dessas garantias, o que em nenhuma hipótese, deverá ultrapassar, em 20 anos, a denúncia do Acôrdo.

.....

Literaturverzeichnis

- Accioli, Hildebrando Principes Généraux de la Responsabilité Internationale d'après la Doctrine et la Jurisprudence
in : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1959 I, S. 349 ff
- Albornoz, Oscar Student Opposition in Latin America
in : Government and Opposition
London 1966
- Alecrim, Octacílio Ideias e instituições no império. Influências Francêsas.
Rio de Janeiro, 1953
- Almeida Magalhães, Dário de A desapropriação na reforma agrária
in : Problemas nacionais, CNC, Bd. 1, S. 189-224, Rio 1955
- Amberger, Carl W. Die Aktiengesellschaft im brasilianischen Recht, zweisprachig,
Rio 1954
- Anais da Com-issão de Constituição, Bd. 3, Rio 1946
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Bearbeitung, Berlin 1933
- Ansprenger, Franz Auflösung der Kolonialreiche
dtv-Wltgeschichte, 1966
- Antweiler, Anton Eigentum
Münster 1967
- Arbeitsgemeinschaft Entwicklungs-länder, Hrsg. Ein unternehmerisches Wagnis- Hinweise zum Thema Direktinvestitionen in Entwicklungsländern
Köln 1964, Ergänzungen 1965
- Arraes, Miguel Le Brésil, le Peuple et le Pouvoir
Paris 1969
- Auby-Robert-Gouthier L'expropriation pour cause d'utilité publique
Paris 1968
- Ávila, Pe Fernando Bastos de A encíclica e os contrastes entre regiões desenvolvidas e subdesenvolvidas
São Paulo 1964
- Azevedo, Tales de O Catolicismo no Brasil
Rio de Janeiro 1956
- Bäulke, Klaus E. Die materiellen Eigentumsschutzbestimmungen in Verträgen der BRD zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen im Ausland und die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über die Beachtung ausländischer wohlverworbener Vermögenswerte.
Diss. Würzburg 1965

- | | |
|---|---|
| Bailby, Edouard | Brésil, Pays Clef du Tiers Monde
Paris 1964 |
| Baldewin, Heinz | Entwicklungshilfe als verpflichtende
Aufgabe der heimischen Wirtschaft, in :
Selbstverwaltung und Wirtschaft, Auftrag
und Aufgabe, S. 79-83
s.l., 1963 |
| Barreto, Carlos Eduardo | Constituição dos Estados Unidos do Brasil
de 1946
São Paulo 1966 |
| Barreto Filho, Oscar | Desapropriação por Interesse Social
in : RDA 63, S. 30 ff
und in : RdosT 295, S. 20-30 |
| Bastide, Roger | Brésil - Terre des Contrastes
Paris 1960
bras. Ausgabe, São Paulo 1964, 2. Aufl. |
| Bastos de Ávila, Fernando | O Solidarismo Comunitário como doutrina
in : Carta Mensal da CEC No. 114, 1964 |
| Behrendt, Richard F. | Soziale Strategie für Entwicklungsländer
Frankfurt und Hamburg 1968 |
| Bender, Bernd | Sozialbindung des Eigentums und Enteignung
in : NJW 1965, S. 1297 ff |
| Ben Salah, Ahmed | Die Förderung privater Investitionstätig-
keit aus der Sicht der Entwicklungsländer
in : Europa-Archiv, Bd. 21 (1966), S.67 ff |
| Berle Jr., Adolf A. +
Means, Gardiner C. | A propriedade privada na economia moderna
Rio 1957 |
| dies. | The Modern Corporation and Private Property
New York 1933 |
| Berle Jr. Adolf A. | América Latina, Diplomacia e Realidade
Rio 1963 |
| Bessone, Darci | A propriedade
in : RF 203 (1963), S. 5-11 |
| Beviláqua, Clovis | Código Civil Comentado
9. Aufl., Rio de Janeiro 1953 |
| Beyhaut, Gustavo | Süd- und Mittelamerika von der Unabhängig-
keit bis zur Krise der Gegenwart
Frankfurt 1965, Fischer-Weltgsch. 33 |
| Bhagwati, Jagdish | Wirtschaftsprobleme der Entwicklungsländer
München 1967 |
| Birke, Wolfgang | Die Konfiskation ausländischen Privat-
eigentums im Hoheitsgebiet des konfis-
zierenden Staates nach Friedensvölkerrecht
Diss. , Köln 1957/58
dann : Hamburg 1960 |

- Blanc, Jean-Pierre Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung
Zürich 1967
- Böckstiegel, Karl-Heinz Die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über Eigentumsentziehung
Diss., Köln 1961/62
in : Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 27, Berlin 1963
- ders. Gilt der Eigentumsschutz der Europäischen MRK auch für Inländer ?
in NJW 1967, S. 905-909
- Bosquet, Colette Planification urbaine et propriété privée, Paris 1967
- Bouças, Valentim É preciso abrir a porta aos Investimentos Americanos no Brasil
in : Observador Económico e Financeiro, Rio de Janeiro 1955
- Bracher, Karl-Dietrich Internationale Beziehungen
Fraenckel, Ernst; Hrsg. Frankfurt 1969, Fischer-Lexikon 7
- Brammen, Klaus Die Ausdehnung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie auf Rechte des öffentlichen Rechts
Diss., Münster 1967
- Branco, Castelo r.p. A Civilização do Couro
Teresina 1942
- Brandenburg, Jens Verträge der BRD über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen in Lateinamerika
Diss., Köln 1968
- Breidenstein, Gerhard Das Eigentum und seine Verteilung
Berlin 1968
- Bresser Pereira, The rise of middle class and middle
Lutz Carlos management in Brazil
in : Journal of Interamerican Studies, S. 313-326, Gainesville 1962
- Buarque de Holanda, Sérgio Raízes do Brasil
Rio de Janeiro 1956
- Buchmüller, Hans-Bendicht Über die Garantie des Privateigentums in Frankreich
Diss., Bern 1966
- Bund Katholischer Unternehmer Leitsätze zur Gesellschaftlich-Wirtschaftlichen Ordnung,
Bad Neuenahr 1966
- Burth, Josef Enteignung von Aktionärsrechten durch ausländische Staaten
Diss., Frankfurt 1961/62
Bielefeld 1963
- Caetano, Marcello Manual de Direito Administrativo
2. Aufl., Lissabon 1947

- | | |
|---|---|
| Callies, Rolf-Dieter | Eigentum als Institution
München 1962 |
| Canassi, José | El justí-precio en la espropiación pública
Buenos Aires 1952 |
| Carugno, Pasquale | L'espropriazione per pubblica utilità
Rom 1946 |
| de Castro, Josué | Geoplítica da Fome
4. Aug., São Paulo 1957 |
| ders. | O livro negro da fome
São Paulo 1960 |
| de Castro Mayer, Dom Ant.
+de Proença Sigaud,
Dom Geraldo | Reforma Agrária - Questão de Consciência
São Paulo 1960 |
| Cavalcanti, Lincoln | Interesse Social, nova causa de desaprop.
Maceió 1957 |
| Cavalcanti, Themístocles
Brandão | Constituição Federal Comentada, Bd. 3
Rio de Janeiro 1952 |
| ders. | Tratado de Direito Administrativo,
Suplemento, Rio + São Paulo 1964 |
| ders. | Intervenção da União no domínio econômico
in : Estudos sobre a Constituição Bras.
S. 19-39, Rio 1954 |
| Chacon, Vamireh | História das Idéias Socialistas no Brasil
Rio 1965 |
| Challaye, Félicien | Histoire de la Propriété
Paris 1948 |
| Chamoun, Ebert | Da retrocessão nas desapropriações
Rio + São Paulo 1959 |
| ders. | Perda e Aquisição da Propriedade do Bem
Desapropriado
in : RDA 76 (1964), S. 476-486 |
| Charbonneau,
Paul-Eugène CSC | Cristianismo, Sociedade e Revolução
São Paulo 1965 |
| Commell, H.-P. | United States Protection of Private Foreign
Investment through Treaties of Friendship,
Commerce and Navigation
in : Archiv des Völkerrechts 9 (1961),
S. 256 ff |
| Córdova, Armando +
Michelena, Hector Silva | Die wirtschaftliche Struktur Lateinamerikas
Frankfurt 1969 |
| Costa Carvalho | O direito de desapropriação
s.l. / s.d. |
| Costa Filho,
João Mendes de | Propriedade, Desapropriação, Inquilinato
Rio de Janeiro 1953 |
| Costa Manso, Odilon de | Desapropriação
in : RDA 3, S. 348 ff |

- Cretella, José jr. Tratado de Direito Administrativo, Bd. 1
Rio + São Paulo 1966
- Cunha, Abelmar Ribeiro da Tendência socializadora do direito civil
in : RF 134 (1951), S. 21-39
- ders. O Código Civil e a Nova Conceção do
Direito de Propriedade
in RF 150 (1953), S. 47-56
- Dieckmann, Karl-Josef Kirche in der Krise, Tagebuch einer
Brasilienreise
Essen 1967
- Dittus, Wilhelm Die Enteignungsentschädigung nach heutigem
Recht
in : NJW 1965 , S. 2179 - 2186
- Dreier, Wilhelm Raumordnung als Bodeneigentums- und
Bodennutzungsreform
Köln 1968
- Duarte, José A Constituição Brasileira de 1946, Bd. 3
Rio 1951
- Duarte Pereira, Osny O Acôrdo sobre Investimentos Americanos
in : revista civilização brasileira 2,
S. 113-121, Rio + São Paulo 1965
- Eigentum und Eigentümer in unserer Gesellschaftsordnung
Veröffentlichung der W.-Raymond-Stiftung
Köln und Opladen 1960
- Eisermann, Gottfried Soziologie der Entwicklungsländer
Hrsg. Stuttgart 1968
- Eßer, Klaus Sozialismus und Kommunismus in Chile
in : Europa-Archiv 22 (1967), S. 33-42
- Faber, Gustav Brasilien hat andere Götter
Herrenalb 1965
- Fagundes, Seabra A Desapropriação no Direito Constitutivo
in : RDA 14, S. 1 ff
und in : RF 120, S. 5 ff
- ders. A Desapropriação no Direito Brasileiro
Rio und São Paulo 1942
- ders. Da intervenção do estado na ordem econômica
in : RF 201 (1963), S. 12-19
- ders. Desapropriação das Ações da Companhia
Paulista de Estradas de Ferro
in : RdosT 311 (1961), S. 53-62
- ders. O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo
Poder Judiciário
Rio de Janeiro 1957
- Feldman, Herbert Aid as Imperialism ?
in : International Affairs 43 (1967), S. 219 ff
- Fernades, Florestan Die Integration des Negers in die Klassen-
gesellschaft
Bad Homburg 1968

- | | |
|---|--|
| Fernandes, Florestan | Organização Social dos Tupinambás
2. Aufl., São Paulo 1965 |
| Ferreira, Waldemar M. | O conteúdo econômico da Constituição
brasileira de 1946
in RF 122 (1951), S. 17 ff |
| ders. | História do Direito Constitucional
Brasileiro São Paulo 1954 |
| Fleiss, Max | História Administrativa do Brasil
Rio de Janeiro 1923 |
| Fleischhauer, Hans-August | Über die Enteignung von Grundbesitz der
Gebietskörperschaften
Gräfelfing/München 1968 |
| Fontenele, Leopoldo C. | Aspectos do Investimento Internacional
Rio de Janeiro 1960 |
| Forsthoff, Ernst | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1
München und Berlin 1956, 6. Aufl.
München und Berlin 1966, 7. Aufl. |
| Fragoso, Batista
Estanislau | A Revolução de um Padre
Salvador da Bahia 1965 |
| Freyre, Gilberto | Casa Grande e Senzala
Rio de Janeiro 1933 |
| ders. | Ordem e Progresso
2. Aufl., Rio de Janeiro 1962 |
| Friedman, W. | Expropriation in International Law
London 1953 |
| ders. | Law in Changing Society
London 1959 |
| Fritsch, Bruno (Hrsg.) | Entwicklungsländer
Köln 1968 |
| Frondizi, Arturo | Petróleo e Política
2. Ausg., Buenos Aires 1956 |
| Gama Cerqueira und
da Fonseca, A. Leme | Direito de Retrocessão
São Paulo 1926 |
| Garbuny, Siegfried | Neue Richtungen in der Allianz für den
Fortschritt
in : Außenpolitik, 1967, S. 32-41 |
| Gehlen, Arnold | Soziologische Aspekte des Eigentums-
problems in der Industriegesellschaft
in : Eigentum und Eigentümer
Köln und Opladen 1960 |
| Gelzer, Konrad | Der Umfang des Entschädigungsanspruchs
aus Enteignung und enteignungsgleichem
Eingriff
München 1969 |
| Gnocchi, Alexandre | A Propriedade Industrial e o Ideal
Pan-Americano
São Paulo 1961 |
| Görgen, Hermann M. | Brasilien
Essen 1967 |

- Goldenberg, Boris Kommunismus in Lateinamerika
Hannover 1966
- Gomes, Orlando Desapropriação de terras da zona petrolífera
in : RF 181 (1959), S. 39-47
- ders. Aspectos da Democratização do Direito
in : Rev. da Faculdade de Direito da Bahia
1937, S. 46-55
- ders. Evolução Contemporânea do Direito de
Propriedade
in : RF 149 (1953), S. 9 - 11
- ders. A Crise do Direito
São Paulo 1955
- ders. Introdução ao Direito Civil
Rio 1957
- ders. Raízes Históricas e Sociológicas do
Código Civil Brasileiro
Salvador da Bahia 1958
- Goss-Mayr, Hildegard Die Macht der Gewaltlosen-
Bericht aus Brasilien
Graz 1968
- Guggenheim, Paul Der völkerrechtliche Schutz von Investitionen
im Ausland
in : Schweizer Jahrbuch für Intern. Recht,
Bd. 13 (1956), S. 57 ff
- Guth, Wilfried Der Kapitalexport in unterentwickelte Länder
Tübingen und Basel 1957
- Häring, Bernhard Moralthologie, Bd. 3
München
- Häussler, Erwin Jedem sein Eigentum
Stuttgart 1965
- Handke, Werner Förderung der Privaten Investitionen in
Entwicklungsländern national oder international?
1966, s.l.
- Hax, Karl Investitionen in Brasilien - Chancen
und Risiken
in : FAZ vom 28. 10. 1968, S. 14
- Helmcke, Horst Rechtsprobleme der Entwicklungshilfe
Diss., Hamburg 1968
- Hillekamps, Carl-Heinz Lateinamerika - Staaten suchen ihre Nation
Politische Bücherei, Bd. 2, 1963
- ders. Religion, Kirche und Staat in Lateinamerika
München 1966
- Höffner, Josef Eigentum und Eigentumsstreuung als Ziel
der Sozialpolitik
in : Eigentum und Eigentümer
Köln und Opladen 1960

- Höft, Friedrich Der völkerrechtliche Schutz des Privateigentums von Ausländern
Diss., Göttingen 1957/58
- International Monetary Fund, Hrsg.
Der private Kapitalexport der Entwicklungsländer in die entwickelten Länder
1963
- Italiaander, Rolf Terra dolorosa, Wandlungen in Lateinamerika
Wiesbaden, 1969
- Jaguaribe, Hélio A Brazilian View
in : How Latin America Views US-Investors
New York 1966
- Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas
Bd. 1, Köln und Graz 1964
- Janssen, Festschrift für Hermann Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland
- Joffroy, Pierre Brésil
Bourges 1965
- Julião, Francisco Cambão - le joug
Paris 1968
- Junqueira, J.Aquila Diniz Desapropriação indireta e prscrição
São Paulo 1944
- Kellenbenz, Hermann Aspekte der frühen Wirtschafts- und Sozialgeschichte im Nordosten von Brasilien
in : Jahrbuch für Geschichte von Staat....,
Bd. 1, S. 27 - 71
- Keller, Eckart Enteignung für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung
Diss., München 1967
- Kepner Jr., Ch. und El Império del Banano
Soothil, J.-H. Buenos Aires 1955
- Kern, Ernst Investitionsförderungsverträge der BRD und die deutsche Entwicklungshilfe
Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 82, 1963
- Khol, Andreas Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft
Wien und Stuttgart 1968
- Kimmel, Rolf-Dieter Eigentum und Polizei
Diss., München 1967
- Klüber, Franz Eigentumstheorie und Eigentumspolitik
Osnabrück 1963
- ders. Katholische Eigentumslehre
Osnabrück 1968
- Klug, Oskar Katholizismus und Protestantismus zur Eigentumsfrage
Reinbek 1966 (rde Bd. 153/154)

- Konow , Karl-Otto Eigentumsschutz gegen Eingriffe der öffentlichen Hand
Berlin 1968
- Kreft, Friedrich Aufopferung und Enteignung
Karlsruhe 1968
- Krüger, Theo Die Enteignung entwickelt insbesondere am Baurecht
Wiesbaden 1960
- Küffmann, Gerold Der Schutz des Privateigentums von Ausländern nach Völkergewohnheitsrecht im Frieden unter besonderer Berücksichtigung der Entschädigungspflicht bei Enteignungen
Diss., Würzburg 1966
- Laband, Paul Über die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation
in : Archiv für civil. Praxis 52, S. 170 ff
- Lambert, Jaques Os dois Brasis
Rio und São Paulo 1959
- ders. Amérique Latine, Paris 1963
- Lang, Irmgard Die Eigentumsrechte der Tupinambá
in : Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften und ..., 1963 (1), S. 29-91
- de Laubadère L'état et la propriété privée en droit français
in : Staat und Privateigentum, S. 113 ff
Köln und Berlin 1960
- Leão, Carneiro A. A Constituição Brasileira e a nossa Evolução Constitucional
Rio de Janeiro 1922
- ders. Panorama Sociologique du Brésil
Paris 1953
- ders. A Sociedade Rural
Rio 1940
- ders. Fundamentos de Sociologia
Rio 1940
- ders. Os Deveres das Gerações Brasileiras
Rio 1923
- Leite, Solidônio Da desapropriação por utilidade pública
3. Ausg., Rio 1929
- Leite, Vieira de Sousa Nossos Direitos, Nossos Deveres
Rio de Janeiro 1961
- Lentini, Arturo Espropriazione
Mailand, s.d.
- Léry, Jean de Brasilianisches Tagebuch 1557
Tübingen und Basel 1967
- Lillich, Richard B. Protection of Foreign Investment
Syracuse und New York 1965
- de Lima, Paulo Jorge Desapropriação por Interêsse Social
Sao Paulo 1965

- Luzzati, Mario O Estrangeiro no Brasil
São Paulo 1965
- Mac Ecoin, Gary Lateinamerika - Stunde der Entscheidung
Paderborn 1965
- Machado, Irineu A Intervenção no Distrito Federal
in : RD no.3 (1956), S. 178 ff
- Machado Paupério, A. Direitos e deveres naturais do homem
in : Rev. de Dir. Público e Ciência
Política, Bd. 5 (1962), S. 3 ff
- Macpherson, C.B. Die politische Theorie des Besitzindi-
vidualismus. Von Hobbes bis Locke
Frankfurt 1967
- Manmützsch, Hagen Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes
und die Stabilität des Geldwerts.
Diss., München 1968
- v.Mangoldt, Hermann + Das Bonner Grundgesetz
Klein, Friedrich Kommentar
Bd. I, Berlin und Frankfurt
2. Aufl. 1957 (Neudruck 1966)
- Mann, Frederic A. Zur Geschichte des Eigentumsrechts
in : Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben
Festschrift 1960, 2.Bd., S. 291 ff
- ders. Völkerrechtswidrige Enteignungen vor
nationalen Gerichten
in : NJW 1961, S. 707
- Marburger Gespräch über Eigentum, Gesellschaftsrecht und
Mitbestimmung
Marburg 1967
- Maria de Jesus, Carolina Tagebuch der Armut, 1955 - 1960
Berlin-Darmstadt-Wien 1965
- dies. Das Haus aus Stein
Berlin 1966
- Marighela, Carlos Pour la libération du Brésil
hrsgg.durch Conrad Detrez, Paris 1970
- Marshall, Andrew Brazil
New York 1966
- Martins, Guilherme Um dia na vida do Brasilino
8. Aufl., Rio und São Paulo 1964
- von Martius, Ph. Vom Rechtszustande unter den
Ureinwohnern Brasiliens
München 1832
- Mascarenhas da Silva, Desapropriação por necessidade e utilidade
pública
Ildefonso Rio de Janeiro 1947
- ders. Desapropriação por utilidade social
in : RDA 82 (1965), S. 1 - 32
- Maunz, Theodor + Grundgesetz-Kommentar
Dürig, Günter Loseblattausgabe, Ergänzungslieferung 1969
zur 2. Aufl., München - Berlin ab 1963

- Maximiliano, Carlos Comentários à Constituição de 1946
Bd. 3, 5. Ausg., Rio + São Paulo 1954
- Medeiros da Fonseca, Socialização e Humanização do Direito
Arnoldo in : RF 141 (1954), S. 11 ff
- Medeiros Silva, Carlos Aspectos Constitucionais e Legais da
Reforma Agrária
in : RF 204 (1963), S. 5 - 12
- ders. Desapropriação por Interêsse Social
in : Estudos sobre a Constituição Brasil.,
S. 61 - 75, Rio de Janeiro 1954
- ders. Propriedade e Bem-Estar Social
in RDA 75, S. 1 f. und in RF 205 (1964)
- ders. O Projeto e a Constituição do Brasil
in Rev. de Ciência política 1 (1967),
S. 149 - 238
- Mendes - Pimentel, A. A verificação judicial da legalidade das
desapropriações
in : RD 59, S. 486 ff
- Menne, Lothar Lateinamerika. Imperialismus und
Guerillabewegung Frankfurt 1969
- Mensaje del Presidente de la República Dr. V. Paz Estenssoro
La Paz 1964
- Monbeig, Pierre Le Brésil
3. verb. Aufl., Paris 1968
- Moraes de Siqueira, A Retrocessão nas Desapropriações
Hélio São Paulo 1964
- Morazé, Charles Les Trois Ages du Brésil
Paris 1954
- Moser, Bruno Die Schwarze Mutter Sao Paulo
Köln 1966
- Mounier, Emmanuel De la Propriété Capitaliste à la
Propriété Humaine
in : Oeuvres, Bd. 1, Paris 1961
- Moura, Aristóteles Capitais estrangeiros no Brasil
São Paulo 1956
- Muller Leite, Yára Da Desapropriação
Rio de Janeiro 1963
- do Nascimento e Silva Desapropriação - Utilidade Pública -
Luiz Gonzaga Interêsse Social
in : RDA 64, S. 298
- Máufel, José Novo Dicionário Brasileiro
3 Bde., Rio 1953
- Negro, Franco Das Eigentum - Geschichte und Zukunft
München 1963
- Neto, Soriano As Novas Leis de Desapropriação em Face de
Princípios Fundamentais de Direito Civil
e Constitucional
Bahia 1943
- Niedergang, Marcel Brasilien
Frankfurt 1963

- Nirumand, Bahman Persien, Modell eines Entwicklungslandes
oder Die Diktatur der Freien Welt
Hamburg 1967
- Notes et Études Documentaires, Problèmes d'Amérique Latine
Paris ab 1965 (unregelmäßige Folge)
- Nurske, Ragnar Problemas de Formação de Capital en los
Países Insuficientemente Desarrollados
Mexiko - Buenos Aires 1955
- Olivieira e Cruz,
João Claudino de Da Desapropriação
Rio de Janeiro 1963
- Passos Guimaraes,
Alberto Inflação e Monopólio no Brasil
Rio de Janeiro 1963
- Pessoa de Moraes Sociologia da Revolução Brasileira
Rio de Janeiro 1965
- Petroleum in Peru - For the world to judge
Lima 1969 (General Bureau of Information)
- Pinto-Ferreira, Luis Princípios Gerais do Direito Const.Moderno
3. Ausg., Rio 1955 , Bd. 1
- Pontes de Miranda Comentários à Constituição de 1946
Bd. 3 und Bd. 5, Rio 1947
- ders. Comentários à Constituição de 1967
Bd. 3, São Paulo 1967
Bd. 4, São Paulo 1967
Bd. 5, São Paulo 1968
(wenn nicht anders angegeben, ist dieser
letzte Band zitiert)
- ders. Tratado de Direito Civil-Privado
Bd. 14, São Paulo 1955
- ders. Intervenção no domínio econômico
Gutachten in : RF 206, S. 35 - 43
- Frangenberg, Egbert
OFM Sozialrecht in den Vereinigten Staaten
Brasilien
Paderborn 1953
- Prebisch, Raul Dinâmica do Desenvolvimento Latino-Americano
Rio und São Paulo 1964
- de Proeência Sigaud vgl. Castro Mayer
- Proyecto de Ley de Reforma Agrária da Rep. de Chile
Santiago de Chile, November 1965
- Rao, Vicente O Direito e a Vida dos Direitos,
2. Bd., São Paulo 1958
- Raposo, Ben-Hur Reforma Agrária para o Brasil
São Paulo und Rio 1965
- Relatórios e anexos da Comissão de Tombamento dos Bems e Instalações
da Companhia Energia Elétrica Rio Grandense
Porto Alegre 1959
- Rodrigues,
Geraldo Pinto Desapropriação - Interêsse Social -
Reforma Agrária
São Paulo 1964
- Rodrigues, Sílvia Direito Civil,
Bd. 3, São Paulo, s.d.

- Rubin, Seymour J. Private Investment
Baltimore 1956
- Ruiz-Marcos Unternehmensreform in Lateinamerika
Hannover 1966
- Sá e Albuquerque Desapropriações
Rio de Janeiro 1912
- Sampaio Dória, A. de Direito Constitucional
São Paulo 1960
- Santer, A. Das Eigentum in seiner sozialen Bedeutung
- Schauff, Johannes 25 Jahre Rolândia
Hrsg. Berlin und Bonn 1957
- ders. Die Bodenreform in Chile
in : Stimmen der Zeit 172, Heft 8, S. 96 ff
- Scheuner, Ulrich Der Schutz des Eigentums
Küng, Emil Hannover 1966
- Schmauch, Jochen Herrschen oder Helfen, Kritische Überle-
gungen zur Entwicklungshilfe
Freiburg 1967
- Schmitt, Matthias Die Rolle der privaten Investitionen in
der Entwicklungshilfe
Frankfurt 1965
- ders. Ein neues Kapitel in der Weltgeschichte
hat begonnen
in : Ziöck (Hrsg.), Entwicklungshilfe
Frankfurt und Berlin 1966
- ders. Partnerschaft mit Entwicklungsländern
Stuttgart 1960
- Schnitzlein, Hans Schutz und Sicherheit von Kapitalanlagen
in Brasilien
Manuskript 1960, nicht veröffentlicht
- Schulte-Uhlenbrock, Die Rechtsverhältnisse am Auslandsvermögen
Jürgen von Handelsgesellschaften, gegen die Konfis-
kationsmaßnahmen getroffen worden sind.
Diss., Münster 1968
- Schwarzenberger, Georg Foreign Investments and International Law
Stevens 1969
- ders. The Protection of British Property Abroad
in : Current Legal Problems, S. 295 ff
London 1952
- Seidl-Hohenveldern, Dekolonisierung, Politik und privates Recht
Ignaz in JZ 1964, S. 489 - 492
- ders. Internationale Organisationen zum Schutz
des Privateigentums
in : Journal de Droit Intern. 90, (1963)
- ders. Investitionen in Entwicklungsländern
und das Völkerrecht
Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- ders. Völkerrecht
2. Aufl., 1965 ; 3. Aufl., 1969

- Sellmann, Martin Sozialbindung des Eigentums und Enteignung
in : NJW 1965, 1689 ff
- Shea, Donald R. The Calvo Clause
Minneapolis 1955
- Siegismund, Lothar Als Konsul in Brasilien
Ravensburg 1967
- Sodré, Eurico de A. Da desapropriação por necessidade ou
utilidade pública - Teoria e prática
2. Ausg. , São Paulo 1945
3. Ausg., São Paulo 1955
- Stavenhagen, Rodolfo Rural Sociological Research in Brazil
Michigan 1964
- Urquidi, Victor L. Lateinamerika heute
Baden-Baden 1962
- Vedel, Georges Droit Administratif
4. verb Auflage, Paris 1968
- Veiga, Gláucio A Desapropriação no Nosso Direito Positivo
e Contribuições de Soriano Neto para sua
Interpretação
Recife 1962
- Veith, W. + Der Schutz von ausländischen Vermögen
Böckstiegel, K.H. im Völkerrecht
Baden-Baden 1962
(Studien zum Europ. Wirtschaftsrecht, Heft 4)
- Veith, Werner Deutsches Vermögen im Ausland
in : Recht und Wirtschaft / Schriftenreihe
Heidelberg 1950
- ders. Der OECD-Entwurf einer Konvention über
Vermögen im Ausland
in : Außenwirtschaftsdienst des BB 1963, 1,
S. 29 ff
- Vernon, Raymond How Latin America Views the US-Investors
Hrsg. New York, 1966
- Villegas, Walter Expropiación por Causa de Utilidad Pública
Buenos Aires 1939
- Wagley, Charles An Introduction to Brazil
University of Columbia, NY., 1966
- Waline, M. Droit Administratif
8. Aufl., Paris 1959
- Wegener, Stephan Die Katholische Kirche und der Gesellschaft-
liche Wandel im Brasilianischen Nordosten
Freiburg 1965
- Welty, Eberhard Sozial-Katechismus
Bd. 3 : Arbeit und Eigentum
Freiburg 1958

Wendt, Herbert	Der Schwarz-Weiß-Rote Kontinent Oldenburg und Hamburg 1964
Whitaker, Firminio	Desapropriação 3. Ausg., São Paulo 1946
Wirtschaftsbericht	Brasilien 1961, Nr. 59 Hamburg 1961 (Deutsch-Südamerikanische Bank AG)
Wolff, Martin	Reichsverfassung und Eigentum in : Festgabe für Wilhelm Kahl, Teil 4, Tübingen 1923

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AJ	Arquivo Judiciário
Annuaire	Annuaire de l'Institut de Droit Inter- nationale
AWD-BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs- Beraters
B.Anz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
Bd.	Band (Nr.)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BrEG	Brasilianisches Enteignungsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichtes
CC	Código Civil, Code Civil
CdeP	Código de Processo Civil
CLB	Coleção das Leis dos Estados Unidos do Brasil, heute: Coleção das Leis do Brasil
CNC	Confederação Nacional do Comércio
Columbia JTL	Columbia Journal of Transnational Law
D	Dalloz, Recueil analytique de juris- prudence et de législation
ders.	derselbe
DJ	Diário de Justiça
DO	Diário Oficial
EdaT	Estatuto da Terra
Est.S.P.	"O Estado de São Paulo", Tageszeitung
FAZ	"Frankfurter Allgemeine Zeitung"
Folha	"A Folha", Tageszeitung
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutsch- land

IGH	Internationaler Gerichtshof (Den Haag)
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
IPC	International Petroleum Company (Kanada)
Keesing	Archiv der Gegenwart
KSV	Kapitalschutzvertrag
LA	Lateinamerika
loc.cit.	locus citatus
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NED (-AL)	Notes et Études Documentaires
NJW	hier: Problèmes d'Amérique Latine (Serie)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
op.cit.	opus citatum
RD	Revista de Direito
RDA	Revista de Direito Administrativo
RdosT	Revista dos Tribunais
Rec.	Recueil
RF	Revista Forense
Rz.	Randziffer
S.	Seite
STF	Supremo Tribunal Federal / Oberstes Bundesgericht
StJGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJ	Tribunal de Justiça
V.1969	Verfassung Brasiliens von 1969; ebenso abgekürzt die früheren Verfassungen
vgl.	vergleiche
VöR	Völkerrecht
vol.	volume / Bd.
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Yb.ILC	Yearbook of the International Law Commission

L e b e n s l a u f

Am 15. Juni 1941 wurde ich als einziges Kind des damaligen Marineintendanturrates Eberhard Hoffschulte und seiner Ehefrau Dr. med. Christel geborene Wülfing in Danzig - Langfuhr geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1947 bis 1951 absolvierte ich die Volksschule in Wilhelmshaven und Münster. Von 1951 bis zum Abitur am 2. März 1960 besuchte ich das neusprachlich-mathematische Johann-Konrad-Schlaun-Gymnasium in Münster.

In Münster, Grenoble (1 Semester), Paris (1 Semester) und wieder in Münster studierte ich Rechtswissenschaft und Christliche Sozialwissenschaften. Im Juli 1964 bestand ich das Erste Juristische Staatsexamen vor dem Oberlandesgericht Hamm.

In den Jahren 1965 und 1966 unterbrach ich den Juristischen Vorbereitungsdienst und arbeitete neun Monate an der Juristischen Fakultät der Universität São Paulo in Brasilien mit Hilfe von Stipendien der Brasilianischen Regierung und des Deutschen Akademischen Austauschdienstes. Im Sommer 1967 studierte ich ein Semester an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

Am 12. November 1968 bestand ich das Zweite Juristische Staatsexamen in Düsseldorf.

Nach einer Tätigkeit als Assessor in der Kommunalverwaltung studierte ich 1969/1970 als Stipendiat des Deutsch - Französischen Jugendwerkes an der École Nationale d'Administration in Paris.

Seit dem 1. Dezember 1970 bin ich als Beigeordneter Stadtkämmerer in Werne an der Lippe.

